Die
durch Bürgschaft und Pfandrecht gesicherte Forderung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristenfakultät der Universität Rostock

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt

von

Hans Otto Stephan,
Referendar zu Güstrow.

Güstrow.
Druck der C. Michaalschen Ratsbuchdruckerei.
1909.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiass.

Meinen lieben Eltern!

Motto:
Kann ich nicht Dombaumeister sein,
Will ich behauen Holz und Stein;
Bin ich auch dazu nicht gewandt,
Trag Mörtel ich herzu und Sand.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0156

Litteraturverzeichnis.

Biermann: Kommentar zum BGB.
Sachenrecht. 2. Aufl., 1902.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, II. 4. Aufl., 1903/04.

Crome: System des bürgerlichen Rechts. Bd. II, III. 1902 u. 1905.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundlagen des heutigen römischen Rechts.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. II, III. 5. Aufl.

Dernburg: Pandekten. Bd. I u. II. 7. Aufl. 1902/03.

Eccius: Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat. Grouchots Beitr. Bd. 46.

Eccius: Fahrnispfand für künftige Forderungen. Grouchots Beitr. Bd. 50.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, II. 9. Aufl., 1903/05.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. Bd. I, II. 2. u. 3. Aufl., 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Favreau: Ueber die confusio von Bürgschaft und Hauptschuld nach gemeinem Recht und BGB. Dissertation. Erlangen, 1898.

Geib: Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.

Girtanner: Die Bürgschaft. 1851.

Götte: Zwei Streitfragen zur Aufrechnung im BGB. Kohlers Archiv. Bd. 17. Jahrg. 1900.

Goldmann-Lilienthal: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, II. 2. Aufl. 1904/05.

Hasenbalg: Die Bürgschaft. 1870.

Hellwig: Anspruch und Klage.

Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Jahrg. 1906, Heft 6.

Kretschmar: Die Erfüllung. 1906.

Kremer: Die Mitbürgschaft. 1902.

Leonhard: Erfüllung und Schuldort. 1907.

Lichtlen: Die Bürgschaft nach den Bestimmungen des BGB. in Puchetts Zeitschr. f. badisches Recht und französisches Zivilrecht. Bd. 31.

Matthiass: Lehrbuch des bürg. Rechts. Bd. I, II. 3. Aufl. 1900.

Marcus: Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrechte, Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Jahrg. 1901.

Mendelssohn-Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft.

Merkeus: Das Recht des Bürgen auf Verwertung von Einreden aus der Person des Hauptschuldners nach gemeinem Recht und dem Recht des BGB. Dissertation. Freiburg, 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II, III.

Müller: Die Haftung des Bürgen im BGB. für das deutsche Reich. Dissertation. Leipzig, 1904.

Neumann: Handausgabe des BGB. 4. Aufl., 1905. Bd. I.

Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts.

Nissen: Die Rechtsstellung des Kaufpreisbürgen bei mit Gewährsmängeln behafteter Kaufsache. Jur. Wochenschrift, 1902.

Oertmann: Kommentar zum BGB. Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl., 1906.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. 3. u. 4. Aufl. Bd. II, III.

Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Regelsberger: Pandekten. Bd. I.

Rieck: Der Leistungsort des Bürgen. Diss. Rostock, 1907.

Schill: Die Einreden des Bürgen und ihre Geltendmachung im Prozess. Dissertation. Leipzig, 1904.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Aufl, 1904.

Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Jehrings Jahrb., Bd. 50.

Staub: Der Leistungsort des Bürgen nach dem BGB. Grouchots Beitr. 45.

Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. II, III. 3. Aufl., 1906.

Türck: Der Leistungsort des Bürgen nach dem BGB. Grouchots Beitr. 44.

Türck: Was ist unter jeweiligem Bestande der Hauptverbindlichkeit zu verstehen? (Zur Frage des Leistungsorts des Bürgen.) Grouchots Beitr., Bd. 46.

Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1908.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung 1
§ 1. Welche Arten von Ansprüchen können durch Bürgschaft und Pfandrecht versichert werden? 3
§ 2. Welche Bedeutung hat der Rechtsgrund der zu sichernden Forderung? 12
§ 3. Bedeutung des Rechtsbestandes der Hauptschuld 13
I. Nichtige Hauptschuld 13
II. Anfechtbare Hauptschuld 15
III. Zukünftige Hauptschuld 19
IV. Bedingte Hauptschuld 28
V. Sonstige schwebende Hauptschuld 29
VI. Klaglose Hauptschuld 31
VII. Betagte Hauptschuld 34
VIII. Einredebehaftete Hauptschuld 36
1. Allgemeines 36
2. Aufschiebende Einreden 40
3. Zerstörende Einreden 43
4. Einreden, die dem Bürgen und Verpfänder versagt sind 45
5. Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Forderung 47
IX. Bestand eines Herabsetzungsrechtes bezüglich der Hauptschuld 50
X. Aufhebung der Hauptschuld 52
1. Aufhebung durch die Beteiligten 52
2. Aufhebung aus anderen Gründen 56
§ 4. Gegenstand und Umfang der Hauptschuld 62
§ 5. Erweiterungen und Minderungen der Hauptschuld 72
§ 6. Gläubiger und Schuldner der Hauptschuld 75
§ 7. Ort und Zeit der Hauptleistung 78
§ 8. Nebenverpflichtungen der Hauptschuld 84
§ 9. Einfluss des Prozesses über die Hauptschuld 88

Einleitung.

Von jeher hat der Kreditverkehr im wirtschaftlichen Verkehr der Völker eine grosse Rolle gespielt. Es ist nicht immer möglich und auch nicht immer erwünscht, für seine Leistung sogleich die Gegenleistung zu erhalten. — Rücksichten aller Art, eigennützige und uneigennützige, kommen dabei in Betracht. Und je mannigfacher und komplizierter die Wechselbeziehungen zwischen Geldgeber und -nehmer bei der intensiven und stets zunehmenden wirtschaftlichen Entwicklung auf allen Gebieten des Lebens sich gestalten, desto reicher entwickelt sich auch das Kreditwesen. Stets hat man dabei aber auch auf Mittel und Wege gesonnen, sich gegen die Entwertung der Forderung, die man nun doch einmal nicht gleich eintreiben konnte, durch Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners zu versichern. Zwei Wege sind dabei stets benutzt worden: Die personale und die reale Sicherung. Wo der Kredit des Schuldners nicht auszureichen schien, nahm man den eines andern hinzu, der neben diesen trat mit der Verpflichtung, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch ihn einzustehen, und bezeichnete ihn als Bürgen. Das Wort war gut gewählt, hat es doch denselben Stamm wie Burg und bedeutet gleich diesem einen Schutz und Schirm, ein „bergen“ gegen Unfall und Gefahr.

Der zweite Weg ist der der Sicherung einer Forderung durch Realkredit und besteht darin, dass der Schuldner oder ein Dritter dem Gläubiger das Recht einräumt, sich unter bestimmten Voraussetzungen aus einem speziell bestimmten Vermögensstücke des Einen oder des Andern für seine Forderung

zu befriedigen, d. h., dass er diese Sache ihm verpfändet. Bürgschaft und Pfandrecht sind die Haupt-, nicht die einzigen Formen realer und personaler Sicherung. Mit einer durch sie gesicherten Forderung beschäftigt sich die vorliegende Arbeit, insbesondere mit den Unterschieden in der Gestaltung der Forderung, je nachdem deren Sicherung auf die eine oder die andere Art erfolgt. Beim Pfandrecht ist, wenn nichts Anderes bemerkt, stets das von einem Dritten bestellte ins Auge gefasst, da hier wie bei der Bürgschaft die Sicherung aus einem dem eigentlichen Schuldner fremden Vermögen erfolgt, und deshalb hier das Vergleichen beider Institute angebracht erscheint.

§ 1.

Welche Arten von Ansprüchen können durch Bürgschaft und Pfandrecht versichert werden?

Unter Anspruch versteht man das Recht des Gläubigers, von einem Andern, dem Schuldner, ein Tun oder Unterlassen zu fordern, d. h. die Befugnis eines Berechtigten, sein Recht einem bestimmten Gegner gegenüber mit rechtlichen Mitteln zur Geltung zu bringen. Der Anspruch muss stets ein subjektives Recht zur Grundlage haben, aber er braucht nicht mit diesem zusammen zu fallen. Da subjektive Rechte aller Art Ansprüche erzeugen, so entstehen dementsprechend obligatorische, dingliche, familienrechtliche, erbrechtliche Ansprüche. Bei obligatorischen Rechtsverhältnissen werden subjektives Recht und Anspruch regelmässig sich decken. Hat man gegen jemand eine Forderung, so hat man gegen ihn auch regelmässig einen Anspruch. Kann man jedoch sein Forderungsrecht noch nicht geltend machen, z. B. weil das geliehene Darlehen erst nach bestimmter Zeit rückzahlbar ist, so hat man vorher noch keinen Anspruch auf Rückzahlung (actio nondum nata). Dies Auseinanderfallen von Recht und Anspruch ist noch einleuchtender bei absoluten Rechten, wo ein Anspruch erst bei Verletzung durch eine bestimmte Person entsteht; dann entwickelt sich z. B. aus dem Eigentumsrecht der ganz anders geartete Eigentumsanspruch. Der Pflichtteilsberechtigte hat das unentziehbare Recht auf einen Teil des Nachlasses, einen Pflichtteilsanspruch erhält er jedoch erst, wenn der Erblasser verstorben ist und ihn auf den Pflichtteil beschränkt hat.

In erster Linie sind es obligatorische Ansprüche, die durch Bürgschaft und Pfand versichert werden können, und da sich obligatorische Ansprüche mit

dem subjektiven Rechte, der Forderung, in der Regel decken, ihre Sicherung auch unten eingehend behandelt wird, so interessiert hier zunächst, wie weit andere als obligatorische Ansprüche Grundlage bürgschaftlicher oder pfandrechtlicher Sicherung sein können.

Inwieweit kann nun z. B. zum Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung die Verpflichtung zum Einstehen dafür gemacht werden, dass der Hauptschuldner das zur Befriedigung eines dinglichen Anspruchs Erforderliche leistet? Vor Beantwortung dieser Frage sind zwei Vorfragen zu erledigen:

1. Ist es der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu erfüllen?
2. Inwieweit finden die Grundsätze über die Erfüllung auf nicht obligatorische Ansprüche Anwendung?

Durch den zwischen ihm und dem Gläubiger geschlossenen Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge, dem Gläubiger dafür einzustehen, dass der Hauptschuldner erfüllt. Er haftet also für die Erfüllung der Hauptschuld durch den Hauptschuldner und sichert deren Erfüllung durch diese Haftung.[1]) Zur eigenen Erfüllung ist der Bürge demnach von vorneherein nicht verpflichtet. Das erhellt klar aus der Tatsache, dass es eine Verbürgung für unvertretbare Leistungen gibt, deren direkte Erfüllung dem Bürgen überhaupt nicht möglich ist. Es ist das Wesen eines jeden Schuldverhältnisses, dass sein Inhalt erzwungen werden kann oder wenigstens die Tendenz zur Erzwingbarkeit hat. Dieser Zwang kann jedoch niemals direkt ein Tun des Schuldners herbeiführen, sondern sich nur darauf richten, dass dem Gläubiger der Leistungserfolg auf Kosten des Schuldners bewirkt werde.[2]) Hierfür bietet ebenso wie das Vermögen des Hauptschuldners das des Bürgen die erforderliche Sicherheit. Verwertbar wird diese Sicherheit erst, wenn der Anspruch aus dem Vermögen des Bürgen realisierbar geworden ist, wenn also der Anspruch seinen etwaigen höchstpersönlichen Charakter

[1]) Westerkamp, S. 160.
[2]) Westerkamp, S. 162.

verloren hat und in einen von der Person des Hauptschuldners unabhängigen Geldanspruch umgeschlagen ist.[1]) Ist ein solches Umschlagen in einen Geldanspruch nicht nötig, weil die Hauptverbindlichkeit von vorneherein in einem solchen bestanden hat, so ist der Bürge von vorneherein zur Erfüllung der Hauptschuld verpflichtet, es sei denn, dass der Gläubiger diese erst von einem späteren Zeitpunkt an verlangen kann.[2])

Inwieweit können nun die Grundsätze über die Erfüllung obligatorischer Ansprüche auf andere, z. B. dingliche, übertragen werden? Auszuscheiden sind zunächst die Ansprüche obligatorischer Natur, die im Anschluss an einen dinglichen entstehen, wie z. B. der Schadensersatzanspruch infolge Störung und Beeinträchtigung des Eigentums.[3]) Dieser steht völlig selbständig neben dem dinglichen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung und kann ebenso wie jeder andere obligatorische Anspruch durch Bürgen und Pfänder versichert werden.

Auszuscheiden sind weiter die Ansprüche, die im Gesetze zwar im Anschluss an dingliche Ansprüche geregelt sind, die zwar gleichfalls obligatorischen Charakter haben, bei denen jedoch die obligatorischen Beziehungen in einer von den allgemeinen obligatorischen Haftungsnormen abweichenden Weise gestaltet sind, wie z. B. die Haftung des zur Herausgabe von Nutzungen verpflichteten Besitzers,[4]) die sich je nach Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit des Besitzers oder Rechtshängigkeit ändert.[5]) Die Hauptverbindlichkeit, die Herausgabepflicht, bleibt stets obliga-

---

[1]) Westerkamp, S. 169: Sobald das Leistungsverlangen sich gegen den Bürgen richten kann und richtet, erhält die Sicherung einen praktisch verwertbaren Inhalt. Dann ist der Bürge verpflichtet, seinem Sicherungsversprechen dadurch nachzukommen, dass er die Hauptschuld erfüllt. Marcus: Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrecht. Bl. f. Rechtspfl. i. Bezirk d. K. G. 1906, No. 1, S. 4: Das Einstehen umfasst sofort eine präsente Haftung dafür, dass weder der Hauptverpflichtete noch auch der Bürge die Erfüllung vereitelt.

[2]) Dagegen die herrschende Ansicht, dass der Bürge stets zur Erfüllung der Hauptschuld verpflichtet ist. Siehe die Litteratur bei Westerkamp, S. 184—189.

[3]) § 1004 BGB.

[4]) Kretschmar, Die Erfüllung, S. 149.

[5]) §§ 987—993 BGB.

torischer Natur; jene andern Umstände beeinflussen nur ihren jeweiligen Bestand. Hier ist jedenfalls bürgschaftliche und pfandrechtliche Sicherung möglich.

Bei den eigentlichen dinglichen Ansprüchen ist zu unterscheiden zwischen solchen, die zum primären Inhalt[1]) eine Leistung haben, sich von obligatorischen Ansprüchen jedoch dadurch unterscheiden, dass diese Leistung nicht von einer Person, sondern nur aus einer Sache verlangt werden kann, und solchen, die erst infolge der Verletzung eines dinglichen Rechtes entstehen und dann auf Wiederherstellung des diesem Rechte entsprechenden Zustandes gehen, also erst sekundär einen Leistungsinhalt haben. — Bei ersteren handelt es sich um dingliche Rechte mit dinglichen Ansprüchen, die unmittelbar gegen eine Sache gehen, daneben aber, wie Kretschmar a. a. O. sagt, ohne weiteres, nicht erst infolge einer auf die Verletzung erfolgenden Reaktion des dinglichen Rechtes auf das Verhalten einer Person gerichtet sind, durch welches eine irgendwie geartete Vermögensverschiebung zuungunsten des Leistenden und zugunsten des Berechtigten hervorgerufen werden soll, durch welches Verhalten die einzelnen Ansprüche dann ebenso wie obligatorische erfüllt werden. Hierher gehören Reallasten, Grund- und Rentenschulden.

Das Hauptbeispiel der Ansprüche mit sekundärem Leistungsinhalt ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers, soweit er sich auf die vorenthaltene Sache beschränkt. Die hier bestehende sekundäre Leistungspflicht des Besitzers entsteht nicht ohne weiteres, sondern wird begründet lediglich durch die Tatsache, dass der Besitzer die dem Eigentümer gehörige Sache besitzt. Fällt diese Tatsache fort, so ist der dingliche Herausgabeanspruch zweifellos nicht mehr begründet; geschieht dies durch Umstände, die dem bisherigen Besitzer als Verschulden zuzurechnen sind, so kann an Stelle des Herausgabeanspruches ein Schadensersatzanspruch treten, der dann wieder den obligatorischen Grundsätzen über die Erfüllung untersteht. Weiter kann an seine Stelle ein Kondiktionsanspruch nach § 812 BGB. treten, wenn z. B. der gutgläubige Besitzer die Sache an einen Nicht-

[1]) Kretschmar, a. a. O. S. 151.

eigentümer verkauft hat, und dieser Eigentümer geworden ist. Wenn der dingliche Anspruch dem bisherigen Besitzer gegenüber in Wegfall kommt, kann man nicht sagen, es liege ein Grund anderweitigen Erlöschens des Anspruches als wie durch Erfüllung vor, wie es deren auch bei obligatorischen Rechtsverhältnissen gibt, z. B. Unmöglichkeit der Erfüllung oder Konfusion; denn der Anspruch braucht garnicht erloschen zu sein. Er kann nur den Anspruchsgegner gewechselt haben, z. B. wenn dem gutgläubigen Besitzer die Sache gestohlen ist. Durch diese relative Unabhängigkeit des Herausgabeanspruches vom Anspruchsgegner, der mit dem Verlust des Besitzes auch gleichzeitig seine Anspruchsgegnerqualität verliert, wird die Anwendbarkeit der obligatorischen Erfüllungsgrundsätze auf den dinglichen Anspruch wesentlich beschränkt.[1])

Bei der ersten Gruppe der dinglichen Ansprüche, nämlich derjenigen mit primärem Leistungsinhalt, ist eine Sicherung durch Bürgschaft wie Pfandrecht jedenfalls ausgeschlossen. Diese Ansprüche gehen zwar auf Leistung von Geldsummen, also vertretbaren Sachen, wären also an sich für eine Sicherung durch Bürgen oder Pfand geeignet. Es fehlt hier jedoch an einem wichtigen Postulat, dem Hauptschuldner, für dessen Verbindlichkeit die Sicherung eingegangen werden könnte. Die Befriedigung dieser Forderungen kann lediglich aus einem Grundstück gefordert werden, und befriedigt sie etwa der Eigentümer des Grundstücks aus eigenem Vermögen, so tut er das nicht auf Grund einer irgendwie bestehenden obligatorischen Verpflichtung, sondern nur, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden. Die persönliche Verpflichtung des Eigentümers eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks lässt sich freilich versichern, ist aber auch bereits wieder ein neben dem dinglichen einhergehender obligatorischer Anspruch.

Bei der zweiten Gruppe der dinglichen Ansprüche, den durch eine Verletzung des dinglichen Rechtes entstehenden mit sekundärer Leistungspflicht, liegt es

---

[1]) s. das interessante Beispiel bei Kretschmar S. 159 betr. die Herausgabe an einen Nichteigentümer, den der Besitzer für den Eigentümer hält.

etwas anders. Nimmt man wieder als Beispiel den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe seiner Sache, so ist hier zunächst ein Schuldner vorhanden, nämlich der unrechtmässige Besitzer derselben. Die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe ist an sich höchstpersönlicher Natur. Die Herausgabe kann eben kein anderer bewirken als gerade der Besitzer. Mit einer höchstpersönlichen obligatorischen Verpflichtung hat diese Herausgabepflicht nun zunächst das gemeinsam, dass sie ebenfalls in eine vertretbare Leistung umschlagen kann, nämlich, wenn die Sache nach Eintritt der Rechtshängigkeit infolge Verschuldens des Besitzers nicht mehr herausgegeben werden kann. Dann ist der Besitzer nach § 989 BGB. zum Ersatze des dadurch entstehenden Schadens verpflichtet. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Ansprüchen liegt jedoch darin, dass der obligatorische Grundanspruch erlischt, wenn an seine Stelle ein Schadensersatzanspruch tritt, der dingliche dagegen weiter bestehen bleiben kann, wenn freilich auch einem andern Anspruchsgegner gegenüber. Ein dinglicher Anspruch hat demnach als Hauptschuld einen ganz anderen Charakter wie ein obligatorischer. Wenn der Bürge dem Gläubiger den Ersatz des durch das vom Hauptschuldner verschuldete Abhandenkommen seiner Sache entstandenen Schadens leistet, so bekommt der Gläubiger nicht das, was er verlangen kann, sein Eigentum. Sein Herausgabeanspruch bleibt ihm gegen den neuen Besitzer, und deshalb ist der dingliche Anspruch als solcher auch nicht in einen obligatorischen umgeschlagen. Der Gläubiger bekommmt aber alles, was er noch vom Hauptschuldner fordern kann, denn an die Stelle des dinglichen Anspruches gegen ihn ist infolge seines Verschuldens ein obligatorischer getreten; es hätte sich nur der jeweilige Bestand der Hauptschuld geändert, und hierfür haften Bürge und Verpfänder.[1])

Das Bedenken, dass der Anspruch als solcher nicht durch die vom Hauptschuldner, vom Bürgen oder aus dem Pfande zu erbringende Leistung erlischt, fällt fort in den Fällen, wo die herauszugebende Sache beim Besitzer-Hauptschuldner untergegangen

[1]) § 767, § 1210 BGB.

ist, oder wo das Abhandenkommen der Sache mit dem Eigentumserwerb eines Dritten Hand in Hand geht. Trifft den Besitzer kein Verschulden, so liegt es ebenso wie bei dem aus einem Schuldverhältnisse zur Leistung einer species verpflichteten Schuldner; die Hauptschuld erlischt, beide werden frei, und Bürge und Pfand mit ihnen. Tritt jedoch an die Stelle des Herausgabeanspruches nach § 816, I BGB. ein Kondiktionsanspruch, so ist dieser wegen des inneren Kausalzusammenhanges wieder nur als eine andere Gestaltungsform desselben Hauptanspruches anzusehen. Da nach Vorstehendem der Bürge für die Verpflichtung des Hauptschuldners aus dem dinglichen Anspruch in der geschilderten Weise einstehen kann, so wird man die Verbürgung für dingliche Ansprüche dieser Art zulassen müssen. Eine Verbürgung für den dinglichen Anspruch als solchen, also für den jeweiligen Anspruchsgegner, ist jedoch nicht möglich, sondern stets nur für den Herausgabe- oder Störungsanspruch gegen eine bestimmte Person, einerlei, ob dieser Anspruch sich später gegen einen andern richtet, oder ob das Legalschuldverhältnis sich nachträglich durch definitives Erlöschen des Eigentumsrechtes und des damit verbundenen Herausgabeanspruches zu einem obligatorischen Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer, für dessen Herausgabepflicht die Bürgschaft übernommen war, konkretisiert.

Auch eine Pfandbestellung für diese dinglichen Ansprüche wird zulässig sein. Die pfandversicherte Forderung muss eine Geldforderung sein oder in eine solche übergehen können.[1]) Inwiefern das bei den beregten dinglichen Ansprüchen möglich ist, haben wir oben gesehen. Unter denselben Voraussetzungen wie eine Bürgschaft kann denn auch ein Pfandrecht bestellt werden. Geht die Herausgabepflicht mit dem Besitze auf einen zweiten Besitzer über, ohne dass ein obligatorischer Anspruch gegen den ersten Besitzer bestehen bleibt, so muss man annehmen, dass das Pfandrecht ebenso wie die Bürgschaft erlischt. Denn für obligatorische Forderungen bestellte Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen, wenn die Schuld von

[1]) § 1228 BGB.

einem andern übernommen wird[1]) mangels Einwilligung des Bürgen, bezw. des Verpfänders, weil diese freie Hand haben sollen, für wessen Forderung sie verpflichtet sein wollen. Mit zwingender Analogie ergibt sich der Schluss, dass sie erst recht erlöschen müssen, wenn dingliche Ansprüche einen neuen Schuldner erhalten, denn hier fehlt es viel eher als bei freiwilliger Uebernehme an dem Willen, den Anspruch zu befriedigen, auch kann der neue Schuldner ganz unbekannt sein, so dass die Position von Bürgen und Verpfänder noch unsicherer wäre als bei einer Schuldübernahme.

Bei Prüfung der Frage, ob und welche familien- und erbrechtlichen Ansprüche durch Bürgschaft und Pfandrecht gesichert werden können, ist wieder der Gesichtspunkt massgebend, ob das, was der Gläubiger von Anfang an oder durch spätere Umstände modifiziert zu fordern hat, aus dem Vermögen des Bürgen, bezw. aus dem Pfande, befriedigt werden kann. Familienrechtliche Ansprüche nähern sich den obligatorischen darin, dass sie ebenso wie diese, und anders wie die dinglichen, von vorne herein an zwei Personen gebunden sind und gebunden bleiben, unterscheiden sich jedoch darin, dass sie sich kraft Gesetzes aus einem familienrechtlichen Verhältnis entwickeln, und infolgedessen, soweit es sich nicht um blosse Vermögensansprüche handelt, über die Disposition der Parteien hinausgehoben sind. Die rein vermögensrechtlichen Ansprüche, z. B. der Anspruch des Mannes auf Verwaltung und Nutzniessung des eingebrachten Gutes oder die Unterhaltsansprüche, sind zu behandeln wie obligatorische. Sind ihre Begründungsakte auch verschiedener Natur, so sind sie ihrer Art nach, nämlich in bezug auf das Leistungsbegehren und das Bekommensollen des Gläubigers gleich, so dass auch hier bürgschaftliche und pfandrechtliche Sicherung eintreten kann.

Dagegen ist bei den familienrechtlichen Ansprüchen höchstpersönlicher Natur, die sich aus dem Wesen des familienrechtlichen Verhältnisses ergeben, jede Sicherung unmöglich. Denn abgesehen davon, dass ein diesbezüglicher Vertrag leicht als gegen die

[1]) § 418 BGB.

guten Sitten verstossend und darum als nichtig angesehen werden könnte, ist auch nicht einzusehen, wie der Bürge z. B. für die Verpflichtung eines Ehegatten zur Sorge für die Person seines Kindes, zu seiner Erziehung und Beaufsichtigung einstehen sollte. Ein solcher Anspruch kann wegen seines besonderen Charakters niemals einen vermögenswerten Inhalt bekommen, und da Bürge und Verpfänder nie etwas anderes als Vermögensersatz bieten können, so ist eine Sicherung durch sie ausgeschlossen.

Es bleiben schliesslich noch die Ansprüche, deren Inhalt zwar auch persönlich familienrechtlich ist, in denen sich jedoch vermögenswerte Elemente mit anderen gemischt finden, z. B. der Anspruch des Ehemanns gegen seine Frau, die die eheliche Gemeinschaft aufgegeben hat, auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens. Dieser Anspruch setzt sich zusammen aus Einzelansprüchen und zwar solchen, die nur die Ehefrau allein zu erfüllen imstande ist, z. B. Leistung der ehelichen Pflicht, Halten der ehelichen Treue, zum andern aus solchen, die die Ehefrau zwar erfüllen soll, die aber auch durch andere erfüllt werden können und Vermögenswert haben, z. B. der Anspruch auf Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens und Leistung der häuslichen Dienste. Eine Bürgschaft für den Anspruch auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens ist jedenfalls insoweit nichtig, als es sich um die erste Gruppe der Unteransprüche handelt. Da sie für die zweite aber möglich ist und in dem Ersatz der Bezahlung anderer zur Uebernahme dieser Pflichten angenommener Personen besteht, so ist insoweit eine Bürgschaft zuzulassen. Denn wenn auch bei Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts im Zweifel das ganze nichtig ist, so bleibt doch der nicht nichtige Teil bestehen, wenn anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, und das wird bei einer Bürgschaft umsomehr anzunehmen sein, als der Bürge sich auch für weniger, als die Hauptschuld beträgt, verbürgen kann. Insoweit diese Ansprüche in Geldforderungen übergehen können, ist auch ein Pfandrecht für sie möglich.

Erbrechtliche Ansprüche beziehen sich auf den Nachlass, d. h. die vom Erblasser besessenen Ver-

mögenswerte: Dahin gehören z. B. der Anspruch des Vermächtnisnehmers auf das Vermächtnis und der Anspruch des übergegangenen Pflichtteilsberechtigten auf den Pflichtteil; hier wird regelmässig Bürgschaft und Pfandrecht bestellt werden können.

§ 2.

Welche Bedeutung hat der Rechtsgrund der zu sichernden Forderung?

Rechtsgrund ist die Tatsache oder die Summe von Tatsachen, an die das Gesetz rechtliche Folgen knüpft[1]), streng zu unterscheiden vom Rechtsgrund im subjektiven Sinn, der materiellen Berechtigung einer formell giltigen Vermögensverschiebung,[2]) der vom Recht verlangten Motivierung des Rechtserwerbes.

Liegt eine rechtsbegründende Tatsache oder die erforderliche Summe von solchen vollständig vor, so entwickeln sich die rechtlichen Folgen, die Ansprüche, mit Notwendigkeit daraus. Fehlt jedoch ein einziges gesetzliches Erfordernis, so tritt mangels der gesetzlichen Voraussetzungen auch die rechtliche Folge nicht ein.[3]) Nur bei der einen Gruppe der rechtsbegründenden Tatsachen, den rechtsgeschäftlichen Handlungen, sind die Parteien in der Lage, durch die von ihnen vorgenommenen Handlungen die gewollten rechtlichen Folgen hervorzurufen, in den andern Fällen entstehen diese ohne Rücksicht auf den Parteiwillen. Liegen sämtliche rechtsbegründenden Tatsachen vor, und ist aus ihnen eine Forderung entstanden, so kann für diese eine Bürgschaft oder ein Pfand bestellt werden, denn hierzu ist nur eine giltige Hauptschuld erforderlich, einerlei, wie sie entstanden ist.

Wenn nun für die Giltigkeit der zusichernden Forderung auch das Vorliegen irgend eines Rechtsgrundes genügt, so hängt ihre Beschaffenheit doch wesentlich von der Art desselben ab. Eine

---

[1]) Ebenso Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes in Studien z. Erl. d. bürgerl. Rechts von Leonhard, Heft 6, S. 4, zustimmend Jung, Kritische Vierteljahrsh., Bd. X, Heft 1, S. 220 f.

[2]) Klingmüller, a. a. O. S. 13.

[3]) s. Klingmüller, a. a. O. S. 82.

kontraktliche Verpflichtung untersteht ganz anderen Rechtsnormen als eine deliktische usw. bezüglich der Erfüllung, der Haftung, der Verjährung, der Beweislast u. a. m. Dass Bürge und Verpfänder die aus den Mängeln des Rechtsgrundes für den Hauptschuldner entstehenden Einwendungen und Einreden erheben können, ist selbstverständlich. Doch kann auch eine Täuschung oder ein Irrtum über den Rechtsgrund der Forderung und ihre darauf beruhende Natur sehr wohl ein Anfechtungsrecht für den Bürgen oder Verpfänder begründen, wenn auch für die Rechtswirksamkeit des Bürgschafts- bezw. Pfandbestellungsvertrages der Rechtsgrund der Hauptschuld ohne Belang ist.[1])

§ 3.

Bedeutung des Rechtsbestandes der Hauptschuld.

I. Nichtige Hauptschuld.

Das römische Recht hat an dem Prinzip der Akzessorietät, der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld, als solchem festgehalten. Wenn auch die Grenzen dieser Abhängigkeit aus den Quellen nicht überall fest zu fixieren sind, so geht doch aus ihnen klar hervor, dass es ohne eine Hauptschuld keine Bürgschaft gibt.[2])

Das Bürgschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches wird völlig von dem Grundsatze der Akzessorietät beherrscht.[3]) Das Prinzip ergibt sich aus § 767 BGB. Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend. Wo also keine Hauptschuld vorhanden oder die angeblich vorhandene, z. B. wegen Wuchers oder Formmangels,

---

[1]) So auch die herrschende Meinung: Neumann, Bem. 2a z. § 765, Endemann, § 191, A. 1. — R. O. H. G. 4, S. 300 ff. — A. Ansicht Fischer-Henle, Anm. 2 z. § 765.

[2]) l. 6 D. 45,1. Hasenbalg, S. 92, Geib, S. 76: Der fideiussor kann wohl in Kenntnis der Erfolglosigkeit des Rechtsgeschäftes des Hauptschuldners dem Gläubiger die Zahlung dessen versprechen, was er bei Giltigkeit desselben bekommen haben würde, aber ein solches Geschäft ist nicht fideiussio, sondern Schenkung. Dazu Hasenbalg, S. 99.

[3]) Motive II, S. 689: Die Haftung des Bürgen setzt den Rechtsbestand der Forderung voraus s. w. S. 660 ff.

nichtig ist, ist auch keine Bürgschaft möglich. Worauf die Nichtigkeit beruht, etwa auf einen Mangel des Rechtsgeschäfts, das die Hauptobligation begründen sollte, auf einen Mangel der Geschäftsfähigkeit oder der Verfügungsbefugnis des Kontrahenten oder in einer Eigenschaft des zu leistenden Gegenstandes, die dessen Leistung unmöglich macht, oder auf andern Umständen, ist gleichgiltig. In allen Fällen fehlt es an einer rechtsbeständigen Forderung, und deshalb ist deren Sicherung durch Bürgschaft auch unmöglich.

Auch für das Pfandrecht ist im römischen Recht das Prinzip der Akzessorietät grundleglich gemacht worden[1]) und das bürgerliche Recht hat sich bei der Gestaltung des Mobiliarpfandrechts dem römischen Vorbilde angeschlossen. § 1252 BGB.: Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht. So wenig es also ohne Forderung bestehen kann, kann es auch ohne solche entstehen.

Zuweilen lässt sich die Giltigkeit eines an sich nichtigen Rechtsgeschäftes durch sogenannte Konversion retten, d. h., wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines andern entspricht, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.[2]) In solchem Falle, z. B., wenn ein nichtiger Wechsel in ein giltiges Schuldversprechen konvertiert wird, bleibt die Verbindlichkeit bestehen, es ändert sich nur deren Rechtsgrund. Da aber, wie wir oben gesehen, der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit des Bürgen und das Pfandrecht ohne Bedeutung ist, so muss es auch seine Aenderung sein. Diese Konversion erfolgt nur, wenn der Konversionswille der Parteien anzunehmen ist. Da sein Fehlen die Hauptschuld hinfällig macht, so ist es dem Bürgen und Verpfänder unbenommen, die Einwendung des mangelnden Konversionswillens vorzubringen.

Ist die Verfügung, zu der sich der Hauptschuldner verpflichtet hat, nur gewissen Personen gegenüber unwirksam,[3]) so werden die Sicherungsverpflichtungen dadurch nicht berührt. Denn wird die Erfüllung durch

[1]) Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I, S. 514.
[2]) § 140 BGB.
[3]) § 135 BGB.

den Hauptschuldner infolge des Eingreifens dieser Personen unwirksam gemacht, so bleibt doch die Verpflichtung des Hauptschuldners als auf etwas an sich Mögliches gerichtet als solche giltig und schlägt nur gegebenenfalls in einen Schadensersatzanspruch um, der nur den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit verändert.

Zuweilen wird ein wegen Formmangels nichtiger Vertrag durch nachträgliche Erfüllung giltig, z. B. nach § 313 BGB. ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der mangels gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nichtig ist. Dann wird der ganze Vertrag mit seinen an sich formlos giltigen Nebenberedungen mit rückwirkender Kraft voll wirksam. Ist für die Forderung aus einem solchen Vertrage eine Bürgschaft oder ein Pfandrecht bestellt, so können sie für die Hauptschuld nicht mehr haften, da diese durch den Hauptschuldner vor Wirksamwerden des ganzen Vertrages getilgt sein muss, wohl aber noch für die aus den Nebenberedungen für den Hauptschuldner entspringenden Verbindlichkeiten, die als auf der Hauptschuld basierend und mit ihr ein organisches Ganze bildend zum jeweiligen Bestande derselben gehören. Es handelt sich hier um eine besondere Form von Bürgschafts- und Pfandbestellung für eine bedingte Schuld, bedingt in ihrem Entstehen nämlich durch die den Formmangel mit rückwirkender Kraft heilende Erfüllung der Forderung aus dem an sich nichtigen Vertrage durch die seitens des Hauptschuldners bewirkte Auflassung und Eintragung des fraglichen Grundstücks.

Ist der Hauptschuldner, der einen nichtigen Vertrag geschlossen hat, nach § 307 BGB. zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet, so gilt für die Haftung des Bürgen und Verpfänders dasselbe, was unten (S. 18 ff.) bei der anfechtbaren und durch den Hauptschuldner angefochtenen Hauptschuld gesagt ist.

11. Anfechtbare Hauptschuld.

Anfechtungsrechte im heutigen Sinne, die durch Erklärung gegenüber dem andern Teile geltend zu machen sind, kannte das römische Recht im All-

gemeinen nicht. In der Regel war die gerichtliche Geltendmachung durch Klage, Einrede oder durch ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den früheren Stand erforderlich.[1]) Zu den Einreden, durch die die Hauptschuld entkräftet werden konnte, die in ihrer Wirkung also einem Anfechtungsrechte gleichkamen, gehörten z. B. die exceptio senatus consulti Vellejani[2]) und exc. sen. cons. Macedoniani.[3]) Erstere Einrede stand dem Bürgen unbedingt zu[4]), letztere nur dann, wenn er ein Regressrecht gegen den Hauptschuldner hatte.[5]) Fiel freilich die Einrede für den Hauptschuldner fort, so konnte sie auch der Bürge wegen des damit entfallenden Anfechtungsrechtes nicht mehr geltend machen.[6])

Auch der Drittverpfänder konnte nach römischem Rechte dieselben Einreden erheben wie der Bürge und zwar die exceptis sen. cons. Macedoniani auch nur, wenn ihm ein Regressrecht gegen den Hauptschuldner zustand.[7])

Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches stellt Bürgen und Verpfänder nicht so günstig. Sie können das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners, das dieser durch Erklärung dem andern Teile gegenüber ausübt, niemals selber geltend machen, haben vielmehr nur eine aufschiebende Einrede, kraft derer sie für die Dauer des Bestehens eines Anfechtungsrechtes zur Verweigerung der Leistung berechtigt sind.[8]) Der Grund für diese abweichende Gestaltung liegt in der Auffassung des Anfechtungsrechtes als einer Dispositionsbefugnis über den Bestand der Hauptschuld.[9]) Eine solche Disposition sollte dem Hauptschuldner aber allein vorbehalten bleiben, es sollte in sein Belieben gestellt sein, ob er ein solches Recht ausüben will oder nicht. Denn der Anfechtungsgrund (Irrtum, Täuschung usw.) findet seine Grundlage in der Person

[1]) Regelsberger, Pandekten I, § 174, S. 634.
[2]) l. 1 § 2D 16,1.
[3]) l. 11 D. 14,6.
[4]) Hasenbalg, S. 132, Geib, S. 118.
[5]) Geib, S. 119, Dernburg, Pandekten II, S. 215.
[6]) Hasenbalg, S. 132.
[7]) Dernburg, Pfandrecht Bd. I, S. 542.
[8]) §§ 770, 1211 BGB.
[9]) Motive II, S. 663.

des Hauptschuldners[1]). Auch hat die Geltendmachung der Anfechtung häufig weitere Folgen als die Beseitigung der Hauptschuld, da sie zuweilen eine Ersatzpflicht des anfechtenden Hauptschuldners erzeugt (z. B. beim Irrtum auf das negative Vertragsinteresse § 122 BGB.).

Da das Anfechtungsrecht als solches eine Einrede nicht begründet, so kann der Hauptschuldner auch mit Wirkung gegen Bürgen und Verpfänder darauf verzichten. Der Bestand der Hauptschuld wird hierdurch nicht berührt; er ist vor Verlust des Anfechtungsrechtes kein anderer als nachher. Bürge und Verpfänder verlieren darum auch ihre aufschiebende Einrede, desgleichen auch, wenn der Hauptschuldner die Anfechtungsfrist verstreichen lässt; denn auch hierin liegt kein schuldhaftes Aufgeben einer Einrede, da sich das Anfechtungsrecht nach der Auffassung des BGB. eben nicht als Einrede darstellt, §§ 770 Abs. 2, 1211 Abs. 2 hier also nicht Platz greifen kann. In der Uebernahme einer Bürgschaft oder der Bestellung eines Pfandrechtes in Kenntnis des Anfechtungsrechtes kann eventuell ein Verzicht auf die aufschiebende Einrede der §§ 770 Abs. 2, 1211 Abs. 2 gefunden werden.[2])

Leisten Bürge oder Verpfänder ohne Kenntnis der ihnen zustehenden aufschiebenden Einrede, so können sie ihre Leistungen nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern, da ihrer Verbindlichkeit keine Einrede zur Seite stand, durch die die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde (§ 813 BGB). Nimmt der Schuldner nach ihrer Zahlung jedoch die Anfechtung vor, so ist die Zahlung auf eine Nichtschuld geschehen, und sie können dann das Geleistete zurückverlangen.[3]) Ist die Leistung des Bürgen oder aus dem Pfande erst nach der Anfechtung überhaupt erfolgt, so kann sie, als von vornherein auf eine Nichtschuld gemacht, auch zurückgefordert werden.

---

[1]) Westerkamp, S. 420.

[2]) Liegt in den die Anfechtung begründenden Umständen eine besondere Einrede, z. B. die Einrede der durch eine unerlaubte Handlung erlangten Forderung (§ 853 BGB.), so kann diese Einrede, als auch dem Hauptschuldner zustehend, vom Bürgen und Verpfänder geltend gemacht werden. (Planck z. § 770. Anm. 4.)

[3]) So Matthiass, S. 643; Planck Bem. 1 z. § 770 BGB.; Oertmann z. § 770 BGB. No. 3. And. Ansicht Crome § 295.

Lässt der Verpfänder die Befriedigung aus der Pfandsache in Unkenntnis seiner Einrede zu, so kann er nach erfolgter Anfechtung die Rückgabe des Pfandes von dem gutgläubigen Ersteher nicht verlangen; es hat freilich dem Veräusserer schon beim Verkaufe kein Pfandrecht zugestanden, aber nach § 1244 BGB. wird der Ersteher nach den Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben geschützt, es sei denn, dass der Verkauf nicht im Wege öffentlicher Versteigerung oder, bei Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels auf Seiten des Pfandgläubigers, nicht nach den Vorschriften über den Verkauf einer gepfändeten Sache oder unter Beiseitesetzung der Vorschriften über den Verkauf von Gold- und Silbersachen bewirkt worden ist. In diesen letzten Fällen erwirbt auch der gutgläubige Ersteher kein Eigentum, der Pfandeigentümer kann dann also die Pfandsache im Wege der rei vindicatio zurückfordern. Ueberall, wo der gutgläubige Erwerb eines Dritten eintritt, und der Pfandeigentümer deshalb die Pfandsache nicht zurückfordern kann, steht ihm aus § 816 Abs. 1 BGB. ein Anspruch gegen den Pfandgläubiger, der das Pfand verkauft hat, auf Herausgabe der durch diesen Verkauf erlangten ungerechtfertigten Bereicherung zu.

Ist das anfechtbare Rechtsgeschäft vom Hauptschuldner angefochten, und die Hauptschuld dadurch fortgefallen, so braucht das Rechtsgeschäft dennoch nicht ohne jede Wirkung zu sein. Ist die Anfechtung z. B. wegen Irrtums erfolgt, so ist nach § 122 BGB. der Anfechtende dem Erklärungsgegner zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Giltigkeit der Erklärung vertraut hat, es sei denn, dass der Geschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste. Kann er den Ersatz dieses Schadens nun auch vom Bürgen oder aus dem Pfande verlangen? Beide haften für den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit nach §§ 767, 1210 BGB. In welcher Weise sich dieser Bestand ändern kann, und inwieweit diese Aenderungen die Haftung des Bürgen und des Pfandes beeinflussen, wird später zu erörtern sein. Eine grundlegende Voraussetzung mag aber schon hier vorweggenommen werden, die Verbindlichkeit als solche muss immer dieselbe bleiben, d. h. die Summe der rechtsbegründenden

Tatsachen darf sich nicht ändern. Die Haftung des Schuldners auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses beruht aber nicht auf dem die Hauptschuld begründenden Vertrage — denn dieser ist durch die Anfechtung vernichtet — und kann deshalb auch keine durch Verschulden des Hauptschuldners herbeigeführte Vertragsfolge sein. Sie beruht vielmehr auf der von dem jeweiligen Vertrage völlig unabhängigen gesetzlichen Bestimmung, dass der anfechtende Vertragsteil dem anderen den durch die infolge seines Irrtums ermöglichte und erfolgte Anfechtung erwachsenden Schaden in den durch § 122 BGB. fixierten Grenzen zu ersetzen hat. Der Schuldner kann seine Verpflichtung aus dem Vertrage infolge seines Irrtums aufheben, aber er wird für diesen Irrtum dann gestraft durch das Eintreten der Haftung aus § 122 BGB. Die Hauptschuld ist erloschen, und damit auch die Haftung von Bürgen und Pfand. Die Haftung des Hauptschuldners auf das negative Vertragsinteresse tritt nicht an die Stelle der kontraktlichen, denn sie hat nicht den Zweck, dem Gläubiger das zu verschaffen, was er sonst auf Grund des Rechtsgeschäftes erhalten hätte, sondern soll ihn nur so stellen, wie er gestanden haben würde, wenn von dem Rechtsgeschäft, also auch der darauf beruhenden Bürgschaft bezw. dem Pfandrecht, überhaupt keine Rede gewesen wäre. Da die beiden Haftungen also auf ganz verschiedenen Rechtsgründen beruhen und nichts miteinander zu tun haben, so können auch Bürge und Pfand nicht auf Ersatz des negativen Interesses haften, wenn das die Hauptschuld begründende Rechtsgeschäft angefochten wird; die §§ 767, 1210 BGB. können darum auch keine Anwendung finden.[1])

III. Zukünftige Hauptschuld.

Das römische Recht liess die Bestellung einer Bürgschaft für eine zukünftige Hauptschuld zu; die fideiussio konnte vor Entstehung der Hauptschuld

[1]) And. Ans. Endemann, § 190, Anm. 4: Wenn der Hauptschuldner angefochten hat, aber nach § 122 BGB. auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses haftet, besteht die Bürgschaftsschuld gemäss § 767, Abs. 1 BGB. fort.

eingegangen werden.[1]) Eine solche Bürgschaft wird als von Anfang an giltig und wirksam angesehen, sofern nur später überall eine Hauptschuld entsteht[2]), und wird nicht etwa erst vom Entstehen der Hauptschuld an mit rückwirkender Kraft wirksam.[3])

Auch beim Pfandrecht gelten nach römischem Rechte dieselben Grundsätze.[4]) Ebenso wie bei der Bürgschaft datiert hier das Pfandrecht von der Zeit des Pfandbestellungsvertrages an, einerlei, ob bereits vor Entstehung der Hauptschuld ein festes obligatorisches Band vorhanden ist, ob der Verpfänder dies Band jeden Augenblick zu lösen imstande ist, oder ob es überhaupt noch an jeder obligatorischen Bindung fehlt. Eine actio hypothekaria hat der Pfandgläubiger vor Entstehung der Hauptschuld noch nicht, ebensowenig ein Verkaufsrecht. Vor später begründeten Pfandrechten hat das für eine zukünftige Schuld begründete frühere den Vorrang. Steht das Nichtentstehen der Hauptschuld fest, so erlischt damit auch das Pfandrecht.[5])

Nach bürgerlichem Recht kann für eine künftige und bedingte Forderung Bürgschaft und Pfandrecht bestellt werden.[6]) Es soll sich also jemand für eine Forderung verbürgen können, die bei Abschluss der Bürgschaft noch gar nicht vorhanden ist, von der noch nicht einmal sicher ist, ob sie je entstehen wird. Wie verträgt sich das mit dem Grundsatze der Akzessorietät der Bürgschaft? Wieweit ist die Bürgschaft von dem Entstehen der Forderung abhängig? Kommt eine Hauptschuld überhaupt nicht zur Existenz, oder wird klar, dass sie nicht zur Existenz kommen kann, so entfällt damit jede

[1]) l. 56 § 2 D, 46, 4, wo A dem B mit fremden Geldstücken ein Darlehen gegeben hatte, für das C die fideiussio übernahm. Weil die Geldstücke, weil dem Verleiher nicht gehörig, nicht Eigentum des B geworden sind, so ist eine Hauptschuld des B gegen A nicht vorhanden. Diese soll erst entstehen, wenn B die Geldstücke in gutem Glauben konsumiert und A dadurch eine Kondiktion gegen B erhält, und dann soll auch der fidejussor C erst verpflichtet sein.

[2]) Hasenbalg, S. 108.

[3]) Hasenbalg, S. 111.

[4]) Dernburg, Pfandrecht, S. 516 ff.

[5]) s. Dernburg, Pfandrecht, S. 527 und die dort zitierte Literatur.

[6]) §§ 765, 1204 BGB.

Bürgschaft. Solange aber das Entstehen der Hauptschuld noch möglich ist, ist die Bürgschaft in ihrer Wirkung vom Erwachsen der Hauptschuld abhängig. Das Bestehen einer Hauptschuld ist die notwendige Voraussetzung der Geltendmachung der Bürgschaft. Ihr Erwachsen ist nun aber keine eigentliche Bedingung der Wirksamkeit der Bürgschaft in dem Sinne, dass sie ein zukünftiges ungewisses Ereignis wäre, von dessen Eintritt die Parteien die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig machten; vielmehr ist diese an sich von dem Eintritt dieser Bedingung, dem Erwachsen der Hauptschuld, abhängig; denn das Einstehen für eine Forderung ist naturgemäss erst möglich, wenn eine solche vorhanden ist; folglich ist deren Erwachsen eine Rechtsbedingung, unter der die Wirkungen der Bürgschaft ihres akzessorischen Charakters halber notwendig stehen müssen. Mit dem Eintreten der Rechtsbedingung entscheidet sich, ob die Bürgschaft irgendwelche Wirkungen entwickelt. Tritt sie aber ein, so hat sie als Rechtsbedingung rückwirkende Kraft, und die Bürgschaft gilt als von Anfang an wirksam.[1]) Also nicht etwa Bürgschaft und Pfandrecht sind bedingt, wenn sie für eine zukünftige Schuld bestellt werden, denn es ist nicht in der Schwebe, ob eine giltige Bürgschaft oder ein giltiges Pfandrecht entsteht, vielmehr nur, ob aus diesem an sich giltigen Recht Bürge und Pfand werden je in Anspruch genommen werden können zur Befriedigung der Hauptschuld, ob sie also für diese haften. Bedingt ist demnach die Haftung. Wenn Isay[2]) hier eine Haftung ohne Schuld annimmt, so ist dem nicht beizutreten. Spricht man von bedingten Rechten oder Rechtsgeschäften, so ist das Rechtsgeschäft als solches freilich vorhanden, nur seine Wirkungen sind in der Schwebe. Haftungsverhältnisse sind aber keine Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse, sondern die Wirkungen von solchen; sind sie also bedingt, so können sie als solche vor Eintritt der Bedingung auch noch nicht vorhanden sein; es besteht vielmehr nur eine Anwart-

[1]) Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, Jehrings Jahrbücher 50, S. 104. — Eisele, Archiv f. zivilistische Praxis 50, S. 295 ff., 54, S. 109.

[2]) Jehrings Jahrbücher 48, S. 192.

schaft auf sie. Diese Anwartschaft dürfen die haften sollenden Personen nicht zerstören, indem sie die Entstehung der Hauptschuld vereiteln. Insoweit äussert die bedingte Haftung bereits vor dem Erwachsen der Hauptschuld eine Wirkung; diese hat aber einen ganz anderen Charakter als die Wirkung der Haftung nach eingetretener Bedingung, sie wirkt nur negativ und erklärt sich aus dem Sicherungscharakter des Rechtsgeschäfts, aus dem die Haftung entspringt.[1]) Tritt die Bedingung, das Erwachsen der Hauptschuld, ein, so erhält die Bürgschaft damit ihren vollen Inhalt und damit auch die volle Haftungswirkung. Ist klar, dass keine Hauptschuld mehr entstehen kann, so kann die Bürgschaft auch keine Wirkung mehr entfalten und keine Haftung mehr begründen.[2])

Auch wird bei dieser Auffassung der Bürgschaft für eine künftige Forderung ihr akzessorischer Charakter gewahrt. Man muss sich stets gegenwärtig halten, dass die Bürgschaft eine andere Verbindlichkeit sichern soll und nur insoweit von dieser abhängt, als diese Sicherung sich verschieden gestaltet je nach dem Stande der Hauptverbindlichkeit.[3]) Sichern lässt sich aber auch eine Verbindlichkeit, die zurzeit noch nicht besteht; denn dass es für den Gläubiger eine grosse Sicherheit ist, für seine zukünftige Forderung eine Bürgschaft oder ein Pfand zu haben, liegt auf der Hand, auch dann, wenn sich beide zurzeit noch nicht verwerten lassen.

---

[1]) Siber, a. a. O. S. 104/105 nennt dies Vorwirkung der Haftung. — Endemann, § 191, 1 a „Die Verbürgung für eine künftige oder aufschiebend bedingte Schuld erzeugt nicht sofort eine wahre Bürgschaftsschuld, diese entsteht erst, wenn der Tatbestand der Bürgschaftsverpflichtung durch die Entstehung der zugehörigen Hauptschuld vervollständigt ist," unterscheidet nicht zwischen der durch den Bürgschaftsvertrag begründeten Sicherungspflicht und der aus dieser mit Entstehen der Schuld erwachsenden Haftung.

[2]) Dasselbe scheint auch Planck zu meinen, Bem. 10 z. § 765 BGB., wenn er sagt: „dass für den Bürgen in diesem Falle nur dann eine Verpflichtung entsteht, folgt aus §§ 765, Abs. 1, 767 BGB.," doch unterscheidet auch er nicht zwischen der Sicherungsverpflichtung an sich, die durch den Bürgschaftsvertrag, und der auf ihr beruhenden Haftung, die durch das Erwachsen der Hauptschuld entsteht.

[3]) Westerkamp, S. 77 ff. ähnlich.

Wenn nun aber auch das Existentwerden der Hauptschuld zweifelhaft sein kann, so muss doch stets die Person des Gläubigers der Forderung ins Auge gefasst sein. Es kann keine Bürgschaft übernommen werden für Forderungen, die gegen den Schuldner in Zukunft noch begründet werden mögen, sondern es kann sich immer nur um die zukünftige Forderung von A gegen B handeln, da die Bürgschaft durch Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger begründet wird, beide Kontrahenten also vorhanden sein müssen. Nicht erforderlich ist jedoch, dass zwischen diesen beiden bereits ein gewisses Gebundenheitsverhältnis, etwa eine Geschäftsverbindung, besteht, aus dem sich möglicher- oder wahrscheinlicherweise Verbindlichkeiten entwickeln werden.[1])

Ein Hauptfall der Bürgschaft für eine künftige Schuld ist die sogen. Kreditbürgschaft, d. h., die Uebernahme der Bürgschaft für einen dem Hauptschuldner von einem Dritten zu gewährenden Kredit. Sie kann für eine bestimmte Höhe und bestimmte Zeit übernommen werden. Hat der gewährte Kredit die betreffende Höhe erreicht, so ist aus der Bürgschaft für eine künftige Schuld eine solche für eine gegenwärtige geworden. Der weiter gewährte Kredit übt auf die Bürgschaft keine Wirkung mehr, auch dann nicht, wenn inzwischen ein Teil der zuerst begründeten unter die Bürgschaft fallenden Hauptschuld getilgt ist. Dadurch ist der Bürge insoweit frei geworden, und seine Verpflichtung insoweit erloschen. Er haftet nicht für den weiter gewährten Kredit in Höhe der getilgten Summe, da dieser erst gewährt ist, nachdem die verbürgte Höchstsumme erreicht war.[2])

Eine zeitliche Beschränkung einer solchen Bürgschaft kann direkt oder indirekt bestimmt sein. Ist

---

[1]) Endemann, § 191, Anm. 6, scheint dies zu fordern; denn er führt als Beispiele für die sogenannte unlimitierte Bürgschaft nur die für Verbindlichkeiten aus bestehender Handelsverbindung und für Veruntreuungen eines Kassiers auf. Diese Beschränkung liegt jedoch in der Bestimmung des § 765, Abs. 2, BGB. nicht, sondern ist erst künstlich hineingetragen.

[2]) Dass es im Wesen der Kreditbürgschaft liegt, zu versuchen, die Haftung auf einen bestimmten Höchstbetrag zu beschränken, hat auch das Reichsgericht anerkannt. Entsch. R. G. in Jur. Monatsschrift f. Posen, Westpr. und Pommern, Jahrgang 1908, S. 85

ihr eine solche ausdrücklich beigefügt, so kann sie bedeuten sollen, dass der Bürge nur für die innerhalb dieser Zeit entstehenden Forderungen haften soll[1]), sie kann aber auch eine Haftungsbeschränkung bedeuten in dem Sinne, dass der Bürge überhaupt nur bis zu dem bestimmten Termine haftet und von da ab frei wird. Ersteres wird wohl im Zweifel den Intentionen der Parteien am meisten entsprechen.[2]) Eine indirekte zeitliche Beschränkung liegt vor, wenn der Bürge z. B. die Bürgschaft für alle aus einer Geschäftsverbindung oder einem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner entspringenden Verbindlichkeiten übernimmt. Solange die Geschäftsverbindung bezw. das Rechtsverhältnis dauert, dauert auch die Bürgschaft.

Wie lange ist nun der Bürge an seine Bürgschaftserklärung gebunden, wenn keine Hauptschuld entsteht? Solange der Gläubiger noch nicht zur Kreditgewährung verpflichtet ist, will Eccius[3]) dem Bürgen das Recht zubilligen, seine Bürgschaftserklärung zurückzuziehen, während er in den andern Fällen eine ungebührliche Benachteiligung des Gläubigers darin sieht, dass er seinerseits dem Gläubiger zur Kreditgewährung verpflichtet bleibt, während sich der Bürge durch Kündigung von seiner Verbindlichkeit freimachen kann. Es ist aber doch wohl zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Gläubiger sich ebenfalls seiner Pflicht entledigen kann, wo er nicht vertragsmässig verpflichtet ist und deshalb eine einseitig gemachte Kreditgewährungszusage auch wieder zurückziehen kann, und denen, wo ihm dies nicht freisteht. In den ersten Fällen wird man dem Bürgen nach angemessener Frist ein Kündigungsrecht zubilligen müssen. Aber auch in den letzteren wird man nicht verlangen können, dass der Bürge sich vielleicht Jahrzehnte lang mit einer Verbindlichkeit belastet, die er nicht zu tilgen in der Lage ist, wenn in den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners eine Verschlechterung eintritt, die des Bürgen Regressansprüche gefährdet. Dann

[1]) So nimmt im Zweifel Goldmann Lilienthal S. 823 an.

[2]) So auch Entsch. d. O.-L.-G. Dresden, Rechtspr. d. O.-L.-G. 6 S. 450, — Oertmann Bem. 3b z. § 765 BGB.

[3]) Bürgschaft und Kreditmandat, Grouchots Beitr. 46, S. 55.

wird man dem Bürgen ein Kündigungsrecht nach Analogie des § 610 BGB. geben müssen. Ist hier doch auch der Gläubiger aus denselben Gründen zur Gewährung des Darlehns nicht verpflichtet.[1])

Eine Pfandbestellung für eine künftige Forderung ist nach § 1204 BGB. ebenfalls zulässig. Im allgemeinen gilt hier dasselbe, was oben von der Bürgschaft gesagt ist. Das Pfandrecht ist mit Abschluss des Pfandvertrages als entstanden anzusehen. Dass der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht der der Entstehung der Hauptschuld als für die Entstehung des Pfandrechts massgebend anzusehen ist, geht besonders klar aus der Vorschrift des § 1209 BGB. hervor, dass für den Rang des Pfandrechtes auch bei künftigen und bedingten Forderungen die Zeit der Bestellung entscheiden soll. Hier sind die Bedenken, die sich für die Bürgschaft aus deren akzessorischer Natur ergeben durch eine besondere gesetzliche Vorschrift gehoben. Zukünftig ist wie bei der Bürgschaft die Verwertungsmöglichkeit des Pfandrechts, die Haftung der Pfandsache. Diese Wirkung des Pfandrechts ist durch das Erwachsen der Hauptschuld bedingt; eine Vorwirkung äussert diese zukünftige Haftung schon darin, dass die Sache nicht mit Pfandrechten belastet werden kann, die dem für die künftige Forderung bestellten vorgehen, abgesehen von den Bestimmungen über den Erwerb dinglicher Rechte durch gutgläubige Dritte.[2]) Geltend gemacht kann das Pfandrecht demnach immer erst nach Entstehung der Hauptschuld werden, ein Verkaufsrecht steht daher dem Pfandgläubiger vorher noch nicht zu.

Nach § 1209 steht das später, wenn auch für eine ältere Forderung begründete Pfandrecht dem für eine künftige Forderung, aber früher begründeten

---

[1]) So Oertmann z. § 765 BGB. 3 b und z. § 776 BGB. 1 c; Enneccerus, S. 774; anders Endemann, § 190, Anm. 9, der bei vorhandener Pflicht des Gläubigers zur Kreditgewährung den Bürgen nur nach § 775 BGB., also nur, wenn er sich im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt hat, befreien will, und Dernburg II. 2, § 285, Anm. 5, der ihm immer nur bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners das Kündigungsrecht nach Analogie von § 610 BGB. geben will. Wie im Text auch R. O. H. G. 19, No. 36, S. 110.

[2]) s. auch Siber, Jehrings Jahrb. 50, S. 105.

nach. Eccius[1]) will das für den Fall nicht gelten lassen, dass das Existentwerden der Forderung lediglich von dem Willen des das Pfand bestellenden Schuldners abhängt. In solchen Fällen soll[2]) das Pfandrecht grundlos bestehen, und der Verpfänder das Pfand jederzeit als ungerechtfertigte Bereicherung des Pfandgläubigers auf seine Kosten zurückfordern können. Es könne dann dieser Herausgabeanspruch, der nicht erst nach dem Entstehen der Forderung und nach deren Tilgung oder nach Freigabe der Sache wirksam sei, sondern vielmehr sofort, und der durch die Einrede des bestehenden Pfandrechts nicht abgewehrt werden könne, weil der Pfandgläubiger zu dessen Rückgewähr verpflichtet sei, auch sofort geltend gemacht werden. Wenn nun der Verpfänder an dieser seiner Sache ein neues Pfandrecht bestelle und zu diesem Zwecke dem neuen Pfandgläubiger seinen Herausgabeanspruch abträte, so würde auch dessen Klage auf Herausgabe unter Zerstörung des ersten Pfandrechts durchgreifen, wenn der Pfandinhaber nicht geltend machen könne, dass der Verpfänder gebunden sei, das Existentwerden der künftigen Forderung abzuwarten. Mangels einer solchen Bindung solle aber das später begründete Pfandrecht dem früher für die künftige Forderung bestellten vorgehen, auch dann, wenn der neue Pfandgläubiger den Herausgabeanspruch nicht unter Zerstörung des ersten Pfandrechts vor dem Existentwerden der künftigen Forderung durchgeführt habe. Der Verpfänder, der durch Abtretung des Herausgabeanspruches und Benachrichtigung von der Verpfändung das Recht des neuen Pfandgläubigers auf sofortige Herausgabe begründet habe, solle auf diesen Anspruch auch nicht mehr dadurch einwirken können, dass er durch freien Willensakt dem Pfandrechte des ersten Pfandgläubigers die bis dahin fehlende causa gibt. In diesem Falle solle gegen den zweiten Pfandgläubiger das erste Pfandrecht nicht nach § 1209 BGB. mit dem Range vor dem zweiten Pfandgläubiger geltend gemacht werden können.

---

[1]) Fahrnispfand für künftige Forderungen: Grouchots Beitr. 50, S. 500.

[2]) S. 501 a. a. O.

Diese Erwägungen sind im Allgemeinen zutreffend, aber u. E. aus einem andern als dem von Eccius vorgebrachten Grunde. Solange der Verpfänder noch den Willen hat, die versicherte Forderung entstehen zu lassen, besteht u. E. das Pfandrecht nicht grundlos, und als ungerechtfertigte Bereicherung kann er das Pfand erst zurückfordern, wenn er diesen Willen nicht mehr hat, denn dann fehlt dem Pfandrecht die unterliegende causa. Tritt nun der Verpfänder den Herausgabeanspruch unter gleichzeitiger Begründung eines neuen zweiten Pfandrechts an den neuen Pfandgläubiger ab, so hat er damit auch stillschweigend durch konkludente Handlung erklärt, dass er nicht mehr gewillt ist, die causa für das erste Pfandrecht entstehen zu lassen. Eine gegenteilige innere Absicht muss als Mentalreservation ohne Wirkung bleiben. Die Rechtsbedingung des ersten Pfandrechts ist ausgefallen, das Pfandrecht ist erloschen. Er kann nachträglich die betreffende Forderung wohl noch durch seinen Willen zur Entstehung bringen, aber nicht mehr als pfandversicherte; denn dass er das nicht wollte, hat er durch die neue Pfandbestellung erklärt, und bei dieser Erklärung muss er festgehalten werden. Soll die Forderung nun doch noch durch das Pfandrecht gesichert werden, so ist dies neu zu bestellen und steht daher dem für die zweite Forderung, als dem nun früher begründeten, nach. Will er die Pfandbestellungserklärung für die zweite Forderung wegen Irrtums anfechten, so ist ihm das freilich unbenommen; dann bleibt die erste zukünftige Forderung versichert, und für die andere muss ein Pfandrecht neu bestellt werden, das dem früheren wieder nachsteht. Das später begründete Pfandrecht geht dem früheren also nie vor, es tritt höchstens an seine Stelle, wenn das andere erloschen ist. Das Besondere ist nur, dass das Erlöschen des Pfandrechts in diesen Fällen vom Willen des Hauptschuldners abhängig ist, da dieser das Ausfallen der Rechtsbedingung, das Erwachsen der Hauptschuld, von der das Pfandrecht abhängt, lediglich durch seinen Willen herbeiführen kann. Wenn also den Schlussfolgerungen von Eccius im Allgemeinen u. E. auch beigetreten werden kann, so doch nicht der, dass die Bestimmung

des § 1209 BGB. hier als durchbrochen angesehen werden müsse.

IV. Bedingte Hauptschuld.

Nach römischem Rechte konnte für eine aufschiebend bedingte Forderung eine Bürgschaft nicht pure eingegangen werden, weil damit das Prinzip, dass der Bürge non durius als der Hauptschuldner haften solle, verletzt sei[1]), sie musste vielmehr ebenfalls bedingt sein. Beim Pfandrecht war dies nicht erforderlich.[2])

Nach bürgerlichem Recht können auch Ansprüche aus bedingten Rechtsgeschäften durch Bürgschaft oder Pfand versichert werden.[3]) Hier ist, anders wie bei der zukünftigen Forderung, das Rechtsgeschäft schon vorhanden, nur sein Wirksamwerden, bezw. -bleiben, vom Eintritte eines zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht. Vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung können Bürge und Pfand nicht in Anspruch genommen werden, da die Bedingung für den Hauptschuldner eine Einwendung begründet und diese vom Bürgen und Verpfänder geltend gemacht werden kann.[4]) Auf den Bürgschafts- oder Pfandbestellungsvertrag ist die Bedingtheit der Hauptschuld ohne Einfluss — über ihre Akzessorietät gilt das oben bei der zukünftigen Forderung Gesagte, — wohl aber auf die Haftung, die erst mit der Bedingung eintritt. Ist die Bedingung auflösend, so kann der Gläubiger gegen Bürgen und Verpfänder sofort vorgehen, muss aber das Erlangte bei Eintritt der Bedingung als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben (§ 812 ff. BGB.).

Da auch ihre Haftung unter der Bedingung der Hauptschuld steht, so dürfen Bürge und Verpfänder deren Eintritt wider Treu und Glauben weder herbeiführen bezw. vereiteln, wenn dies zu ihrem Vorteil gereicht, ohne dass für sie nach § 162 BGB. die Bedingung als ausgefallen bezw. eingetreten gilt. Der Vorteil bestände für Bürgen und Verpfänder

[1]) Hasenbalg, S. 212 ff.
[2]) Dernburg, Pandekten I, § 274, No. 3.
[3]) §§ 765, Abs. 2, 1204, Abs. 2 BGB.
[4]) Oertmann, Bem. 3a z. § 765: Eine der Hauptschuld beigefügte Bedingung nimmt gemäss § 767 BGB. auch die Bürgschaftsschuld ohne weiteres auf.

darin, dass die Hauptschuld infolge des Ausfalls oder Eintritts der Bedingung nicht mehr unbedingt werden kann, bezw. erlischt. Der an dem Eintritt bezw. dem Ausfall der Bedingung unschuldige Hauptschuldner wird naturgemäss frei. Eine Hauptschuld kann daher auch vom Bürgen oder vom Verpfänder nicht mehr getilgt werden, sie haften aber wegen Verletzung ihrer eigenen Verpflichtung, die Erfüllung der Hauptschuld zu sichern, bezw. der Verpfänder, deren Befriedigung aus dem Pfande zu dulden, die sie durch ihr Verhalten gröblich verletzt haben.

Das für eine bedingte Forderung bestehende Pfandrecht erhält seinen Rang nach dem Zeitpunkt des Pfandvertrages und geht dann später, aber hier vor Eintritt der Bedingung, begründeten Pfandrecht vor.[1])

V. Sonstige schwebende Hauptschuld.

Eine besondere Gruppe bedingter Forderungen sind diejenigen, welche zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung eines Dritten bedürfen. Es sind dies die zweiseitigen Rechtsgeschäfte der beschränkt Geschäftsfähigen. Das Rechtsgeschäft als solches ist vorhanden, seine Wirksamkeit hängt jedoch von der Rechtsbedingung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab.[2]) Vor Erteilung derselben besteht noch keine Hauptschuld; es können daher auch Bürge und Pfand zu deren Befriedigung nicht herangezogen werden. Bürge und Verpfänder sind nicht wie der Vertragskontrahent des Geschäftsbeschränkten in der Lage, sich durch eine Aufforderung an den gesetzlichen Vertreter zu einer Erklärung über die Genehmigung Gewissheit darüber zu verschaffen, ob die Genehmigung erteilt ist oder nicht, da im § 108 BGB. nur von dem andern Vertragsteil die Rede ist. Wird die Genehmigung erteilt, so hat sie nach § 184 BGB. rückwirkende Kraft; sie klärt nur darüber auf, ob ein von Anfang an wirksamer Vertrag bestanden hat oder nicht, insofern ist sie eine Rechtsbedingung. Wird die Genehmigung verweigert, so ist der ganze

[1]) nach § 1209 BGB., nicht nach § 161 BGB., da ein Pfandrecht für eine bedingte Forderung nicht selbst, sondern nur in seiner Haftung, bedingt ist und daher keine bedingte Verfügung über das Pfandrecht bedeutet.

[2]) §§ 108, 114, 1304 BGB. u. a.

Vertrag und mit ihm Bürgschaft und Pfandrecht von vorneherein ungiltig und wirkungslos gewesen. Hat der Bürge oder Verpfänder gezahlt, oder ist die Befriedigung aus dem Pfande vor Verweigerung der Genehmigung erfolgt, so kann das Geleistete, als auf eine Nichtschuld gezahlt, zurückgefordert werden.

Ist der Bürgschafts- oder Pfandbestellungsvertrag zugunsten der Forderung des Geschäftsbeschränkten, also mit diesem als Gläubiger abgeschlossen, so bedarf der Pfandbestellungsvertrag stets, der Bürgschaftsvertrag möglicher Weise der Genehmigung. Es liegt dann eine bedingte Bürgschaft, bezw. bedingtes Pfandrecht, für eine bedingte Forderung vor. Ist der Bürgschafts- bezw. Pfandbestellungsvertrag giltig geworden, so kann gleichwohl die Leistung bis zur Genehmigung des anderen Vertrages verweigert werden. Das nach § 109 BGB. dem Schuldner zustehende Widerrufsrecht bis zur Erteilung der Genehmigung können Bürge und Verpfänder nicht ausüben, da es keine Einrede sondern nur ein dem Hauptschuldner allein zustehendes Dispositionsrecht über die Hauptschuld begründet.

Alles, was von diesen Verträgen geschäftsbeschränkter Personen gilt, gilt auch von den Rechtsgeschäften des Vormundes, die zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen.[1]) Denn das Erfordernis der Genehmigung stellt sich als eine ähnliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Vormundes bezüglich des Mündelvermögens dar, wie bei den Geschäftsbeschränkten die ihres eigenen Vermögens.[2])

Hat jemand ohne Vertretungsmacht gehandelt[3]) oder als Nichtberechtigter verfügt, so ist bis zur Genehmigung in der Schwebe, ob der Dritte, dessen Genehmigung erforderlich ist, oder der Handelnde

---

[1]) §§ 1821, 1822 BGB.

[2]) Mit den Fällen, wo die Genehmigung des Berechtigten die mangelnde Vertretungsmacht oder mangelnde Verfügungsbefugnis heilt, ist dieser nicht zusammen zu bringen, da dort das Rechtsgeschäft dem Handelnden gegenüber wenigstens bestehen bleibt und ihn bei Ausbleiben der Genehmigung eventuell zum Schadensersatz verpflichtet (§ 179 BGB.), während der Vormund nur dem Mündel (§ 1833 BGB.), nicht aber dem Gegenkontrahenten kontraktlich haftet.

[3]) § 177 BGB.

aus dem Geschäft verpflichtet werden, der Eine auf Erfüllung, der Andere auf Schadenserzatz. Es fragt sich also, wer der Hauptschuldner sein wird. In beiden Fällen, wenn die Genehmigung erteilt oder versagt wird, werden Bürge und Pfand zur Befriedigung des Gläubigers in Anspruch genommen werden können, da es sich ja nicht um Eintritt eines neuen Schuldners handelt, wann Bürgschaft und Pfandrecht erlöschen würden,[1]) sondern nur die Person des einzigen Schuldners noch nicht feststeht. Denn wenn der Vertrag auch dem zur Genehmigung Berechtigten gegenüber durch das Ausbleiben der Genehmigung unwirksam wird, so wird er dann doch dem gegenüber wirksam, der ihn ohne Vertretungsmacht oder Verfügungsbefugnis abgeschlossen hat.[2])

Ist jemand zwar zur Verfügung berechtigt, deren Wirksamkeit bezüglich bestimmter Vermögensstücke aber von der Zustimmung eines Dritten abhängig, z. B. Verfügungen der Ehefrau über das eingebrachte Gut von der des Ehemannes §§ 1395—1401 BGB., oder das Vorerben über den Erbteil von der des Nacherben §§ 2120 BGB., so wird dadurch die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrages an sich nicht berührt, und die Berechtigung des Gläubigers, statt aus den ihm bei Verweigerung der Zustimmung unzugänglichen Vermögensbestandteilen des Hauptschuldners aus der Bürgschaft oder dem Pfande seine Befriedigung zu suchen, ist gerade in diesen Fällen besonders wertvoll.

VI. Klaglose Hauptschuld.

Wird die Hauptschuld bis zur Klaglosigkeit abgeschwächt, so dass nur eine Naturalobligation bestehen bleibt, so tut das der Klagbarkeit der für sie übernommenen Bürgschaft nach römischem Rechte i. A. keinen Eintrag,[3]) nur ausnahmsweise soll die Klaglosigkeit der Hauptschuld die Klaglosigkeit der fideiussio nach sich ziehen.[4]) Dasselbe gilt vom Pfandrecht.[5])

[1]) § 418 BGB.

[2]) Anders Planck, Bem. 8a z. § 765 BGB., der bei Verweigerung der Genehmigung die Bürgschaft in allen Fällen für unwirksam erklärt.

[3]) Hasenbalg, S. 43, Geib, S. 91, 97.

[4]) Hasenbalg, S. 154 ff.

[5]) Dernburg, Pfandrecht I, S. 537 ff.

Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches sind zwei Gruppen klagloser Forderungen zu unterscheiden: solche, die das Gesetz überhaupt nicht als Verbindlichkeit anerkennt, die es also rechtlich missbilligt, und solche, die es als Verbindlichkeiten bestehen lässt, denen es aber die Klagbarkeit nimmt. Zu ersteren gehören die Forderungen aus Spiel, Wette, staatlich nicht genehmigten Lotterievertrag, Differenzgeschäft (§§ 762—764 BGB.) und Ehemäklerlohnforderung (§§ 656 BGB.). Ausdrücklich wird hier hervorgehoben, dass in diesen Fällen Verbindlichkeiten nicht begründet werden. Auch können diese Forderungen nicht dadurch wirksamer gemacht werden, dass zu ihrer Sicherung eine andere Verbindlichkeit eingegangen wird, wie Schuldanerkenntnis, Wechselversprechen, Darlehen u. a. m. Da hier keine Verbindlichkeit besteht, die Bürgschaft aber ein zur Sicherheit einer Verbindlichkeit eingegangener Vertrag ist, so kann sie für solche Forderungen wirksam nicht begründet werden.[1])

Zur Begründung eines Pfandrechts ist an sich nur die Existenz einer Forderung erforderlich, und die würde hier vorhanden sein, an sich also zunächst seiner Begründung nichts im Wege stehen. Da aber die Tendenz des Gesetzes offenbar dahin geht, die Beitreibung solcher Forderungen im Klagewege überhaupt auszuschliessen, und es schon die zur Ermöglichung dieses Vorgehens eingegangenen obligatorischen Verpflichtungen für nichtig erklärt, so wird die Begründung dinglicher Rechte für solche Forderungen um so weniger der Absicht des Gesetzgebers entsprechen, der § 762 BGB. also extensiv ausgelegt werden müssen.[2]) Bei Börsentermingeschäften ist die Ungiltigkeit solcher Sicherungen direkt im Gesetz ausgesprochen[3].)

Haben Bürge und Verpfänder auf Grund einer Bürgschaft oder eines Pfandrechtes geleistet, die für eine solche Forderung bestellt sind, so können sie,

[1]) So auch die herrschende Ansicht, Planck Bem. 8a z. § 765 BGB.
Endemann § 191 Anm. 5; R. G. in Jur. Wochenschr. 1901, S. 285,
[2]) Zustimmend im Ergebnis aber mit abweichender Begründung Fischer-Henle, Bem. 3 z. § 762 BGB.
[3]) Börsengesetz § 66, Abs. 3.

wenn sie den Ursprung der Forderung gekannt haben, ihre Leistungen nicht zurückfordern; denn das auf Grund von Spiel usw. Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Sie wussten, dass sie nicht auf Grund ihrer eigenen, ja ungiltigen Verbindlichkeit leisteten, und dass sie zur Leistung nicht verpflichtet waren. Haben sie aber nicht gewusst, dass die Hauptschuld wegen Spiels und dergl. ungiltig war, was insbesondere dann leicht vorkommen kann, wenn Bürgschaft und Pfandrecht für ein abstraktes Schuldanerkenntnis für derartige Forderungen bestellt sind, so haben sie auf Grund ihrer eigenen ungiltigen Verpflichtung geleistet und müssen dann ihre Leistungen auch zurückfordern können. Dies dürfte um so billiger erscheinen, als infolge der Leistung des Bürgen oder Verpfänders keine rechtsverbindliche Forderung auf sie übergeht.[1]) Wenn Westerkamp a. a. O. meint, die Rückforderung könne nach § 814 BGB. deswegen ausgeschlossen sein, weil die Leistung hier einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspräche, so ist dem deshalb nicht beizustimmen, weil Bürge und Verpfänder, sofern die Leistung aus diesem Grunde erfolgen soll, notwendig wissen müssen, dass es sich um Spielschulden u. dergl. handelt, dass eine Verbindlichkeit also nicht besteht, und wenn ihre Leistung in Kenntnis dessen erfolgt, schon darum das Rückforderungsrecht enthält.

Die zweite Gruppe der Naturalobligationen bilden diejenigen, die vom Gesetze zwar als rechtliche Verbindlichkeiten angesehen werden, denen aber aus praktischen Gründen die Klagbarkeit versagt wird. Es gehören dazu z. B. die Ansprüche des Besitzers einer fremden Sache oder Erbschaft auf Ersatz seiner Verwendungen (§§ 1000, 1001, 2022 BGB.), die nicht eingeklagt werden können, bis der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat. Da die Ansprüche als solche aber bestehen, so können sie auch durch Bürgschaft oder Pfand versichert werden. — Auch für verjährte Forderungen können sie bestellt werden, da die Verjährung die

[1]) Zustimmend Westerkamp, S. 85, Anm. 7, A. Ans. Planck, Bem. 8a z. § 765 BGB., Fischer-Henle, Anm. 5 z. § 765 BGB.

Forderung von Bestand lässt und nur eine Einrede begründet. Ist die Verjährung noch nicht vollendet, so hat die Bestellung eines Pfandrechts seitens des Schuldners deren Unterbrechung zur Folge (§ 208 BGB.), da diese Bestellung wie ein Anerkenntnis wirkt. Haben Bürge oder Verpfänder die verjährte Forderung erfüllt, können sie das Geleistete nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung erfolgt ist.[1])

Für die sogenannten Restforderungen aus einem Zwangsvergleich kann u. E. Bürgschaft und Pfandrecht nicht mehr bestellt werden. Denn da dem Hauptschuldner der Rest seiner Schulden erlassen ist (§ 197 K. O.), so besteht auch keine Forderung der Gläubiger mehr, höchstens eine moralische Verpflichtung des Hauptschuldners. Bürge und Verpfänder können darum das etwa Geleistete zurückfordern, es sei denn, dass sie wussten, dass sie zur Leistung nicht verpflichtet waren.[2])

Das Ergebnis vorstehender Erörterungen ist demnach, dass für Naturalobligationen wirksam eine Bürgschaft und ein Pfandrecht bestellt werden können, sofern nur eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners übrig bleibt.[3])

VII. Betagte Hauptschuld.

Bei Bürgschafts- und Pfandbestellungen für betagte Forderungen ist wie bei der für künftige und bedingte der Bestellungstermin massgebend; nach diesem Zeitpunkt müssen sich Form, Willensmängel, Rang des Pfandrechts u. dergl. richten. Die Tatsache, dass die Forderung noch nicht fällig ist, kommt dem Bürgen und Verpfänder ebenso zu Gute wie dem Hauptschuldner. Konstruktive Schwierigkeiten fallen hier fort, da die betagte Forderung, anders wie die künftige, bei Bestellung von Bürgschaft und Pfandrecht bereits vorhanden ist, die Akzessorietät beider Institute also in keiner Weise berührt wird. Bürgschaft und Pfandrecht selber sind hier nicht betagt,

[1]) § 222 BGB., Westerkamp, S. 82 ff.

[2]) So auch die gemeine Meinung: Planck, Bem. 2b z. § 814 BGB., Oertmann, Bem. 4 z. § 814 BGB., Kuhlenbeck, Anm. 1 z. § 814 BGB.

[3]) A. Ans. Matthias, S. 641, § 131, II: Ungiltig ist die Bürgschaft für eine Naturalschuld; ähnlich Herms, S. 16.

da ihre Giltigkeit nicht hinausgeschoben wird, sondern nur die Haftung aus ihnen, da diese erst eintreten kann, wenn die Forderung gegen den Hauptschuldner fällig ist, dieser also selbst haftet. Vor Fälligkeit Geleistetes können Bürge und Verpfänder nicht zurückfordern (§ 813 BGB.). Mit Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners werden betagte Forderungen ihm gegenüber fällig (§ 65 K. O.). Da diese Fälligkeit jedoch nur eine zwecks Vereinfachung der Liquidation des Vermögens des Schuldners für das Konkursverfahren über sein Vermögen Platz greifende Fiktion ist, so gilt sie auch dem Bürgen und Verpfänder gegenüber nicht.[1])

Hängt die zur Geltendmachung der Forderung auch dem Bürgen und Verpfänder gegenüber erforderliche Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers ab, so ist diese stets dem Hauptschuldner gegenüber zu erklären. Eine Kündigung gegenüber dem Bürgen macht nicht einmal dessen Verbindlichkeit fällig. Denn da er nicht Schuldner der Hauptverbindlichkeit ist, so kann die Kündigung einer ihm zunächst fremden Verbindlichkeit ihm gegenüber auch nicht die Fälligkeit seiner eigenen bewirken.

Da das Einstehenmüssen des Bürgen in das Leistenmüssen erst dann übergeht,[2]) wenn der Gläubiger von dem Bürgen Erfüllung fordern kann und fordert, dies ihm aber erst möglich ist, wenn auch der Hauptschuldner leisten muss, dieser jedoch vor Fälligkeit der Hauptschuld nicht zu leisten braucht, so kann auch die Verbindlichkeit des Bürgen nicht eher wie die des Hauptschuldners fällig werden.[3])

---

[1]) So auch die gem. Meinung z. B. Dernburg, § 285, A. 5, Oertmann, Bem. d, Abs. 2, z. § 767 BGB.; RG. 3, S. 356; O.-L.-G. Hamburg in Rechtspr. d. O.-L.-G., Bd. 6, S. 365

[2]) s. oben S. 4.

[3]) s. Thiele, Archiv s. Zivil-Praxis Bd 89, S. 128, Planck, Bem. 1, Abs. 4 z. § 768 BGB. And Ans. Dernburg, § 287, Anm 2. Gegen den selbstschuldnerischen Bürgen, dem gekündigt ist, kann geklagt werden, auch wenn die Forderung gegen den Hauptschuldner, weil diesem noch nicht gekündigt ist, noch nicht fällig ist, denn der Bürge hat an dieser Kündigung kein Interesse. So auch R. G. 2, S. 187. Diese Auffassung basiert auf der von uns bekämpften Anschauung, dass der Bürge Schuldner der Hauptverbindlichkeit sei.

Auch eine Befriedigung aus dem Pfande vor Fälligkeit ist nicht angängig.[1]) Eine Kündigung der Forderung gegenüber dem Verpfänder ist erstrecht ausgeschlossen, da es hier keinem Zweifel unterliegt, dass der Drittverpfänder nicht Schuldner der Forderung ist.

VIII. Einredebehaftete Hauptschuld.

1. Allgemeines.

In welchem Umfange Bürge und Verpfänder die Einreden des Hauptschuldners geltend machen konnten, war im römischen Recht bestritten. Die überwiegende Meinung ging jedoch dahin, der Bürge solle sich aller Einreden gegen die Forderung bedienen dürfen, ohne Rücksicht darauf, ob er gegen den Hauptschuldner einen Regressanspruch habe oder nicht.[2]) Ausgenommen sind die höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners, wie pactum de non petendo in personam, beneficium competentiae und einige andere.[3])

Auch der Verpfänder kann sich der Einreden des Hauptschuldners bedienen; derjenigen jedoch, die nur zum Schutze des Schuldners und aller derer, an deren Befreiung dieser ein Interesse hat, eingeführt sind, z. B. die exc. sen. cons Macedoniani kann sich nur der regressberechtigte Drittverpfänder bedienen.[4])

Für das bürgerliche Recht interessieren von allen Einwendungen des Hauptschuldners nur die Einreden, die sich für ihn aus der gesicherten Forderung ergeben. Diese können Bürge und Verpfänder gleichfalls alle geltend machen nach §§ 768, 1211 BGB. Da sie nicht ungünstiger stehen sollen als der Hauptschuldner, so darf es auch nicht darauf ankommen, ob diese Einreden zur Zeit des Bürgschafts- bezw. Pfandbestellungsvertrages bereits bestanden oder erst später erwuchsen. Ebenso Dernburg § 287 II „Gläubiger und Hauptschuldner sind nicht in der Lage, den

---

[1]) § 1228, Abs. 2 BGB.

[2]) So Dernburg, Pandekten, § 79, A. 5, Hasenbalg, S. 296 ff., Geib, § 7; And. Ans. Girtanner, S. 43 f., S. 516 f., der die Einreden nur dem regressberechtigten Bürgen zubilligen will.

[3]) s. Hasenbalg, S. 336 f., S. 339 f.

[4]) Dernburg, Pfandrecht, § 73 b.

Bürgen — und Verpfänder — von Einreden auszuschliessen, die dem Hauptschuldner zugestanden werden". Eine solche Vereinbarung kann die Wirkung haben, dass dann auch für den Hauptschuldner die Einrede entfällt.[1]) Diese Einreden behalten Bürge und Drittverpfänder auch dann, wenn der Hauptschuldner nach Abschluss des betreffenden Sicherungsvertrages auf sie verzichtet.[2]) Einen vorherigen Verzicht müssen sie sich freilich wohl gefallen lassen, denn sie übernehmen ihre Verpflichtungen bez. der Hauptschuld, wie diese z. Z. des Abschlusses des Sicherungsvertrages beschaffen war,[3]) auch müssen sie es sich wohl gefallen lassen, wenn der Hauptschuldner anders als durch Verzicht eine Einrede verliert, z. B. durch Versäumung einer Ausschlussfrist oder vorbehaltslose Annahme der Gegenleistung im Falle des § 341, Abs. 3 BGB., durch die das Recht auf die für die nicht gehörige Erfüllung der Gegenleistung gesetzte Vertragsstrafe verloren geht, da nach §§ 768, 1211 BGB. ihnen nur der durch Verzicht des Hauptschuldners bewirkte Verlust einer Einrede nicht schaden soll. Auch würde der Hauptschuldner das letzterwähnte Gegenrecht mit Wirkung gegen Bürgen und Verpfänder wohl auch schon um deswillen aufgeben dürfen, weil dieses mit der Hauptschuld an sich nichts zu tun hat, die verfallene Vertragsstrafe vielmehr höchstens ein Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners begründen kann, ein solches aber niemals zur Verweigerung der eigenen Leistung berechtigt, sondern nur zu einer besonderen Form ihrer Tilgung, und dem Bürgen und Verpfänder höchstens die eigene aufschiebende Einrede aus §§ 770, 1211 BGB. sicherte. Da dies Recht also keine Einrede im eigent-

---

[1]) So RG. 56 S. 310: Muss dem beschränkenden Zusatz — wonach die Forderung nur gegen den Bürgen gestundet wird — als dem Recht widerstreitend, die Rechtswirksamkeit versagt werden, so ist die Folge davon nicht die, dass der beschränkende Zusatz zu streichen und die nicht vom Kläger gewollte unbeschränkte Stundung an seine Stelle zu setzen wäre. Die rechtliche Unmöglichkeit dessen, was der Schuldner gewollt hat, muss vielmehr die Willenserklärung selbst unwirksam machen, also zu der Folge führen, dass die Stundung überhaupt nicht rechtsgiltig bewilligt sei.

[2]) §§ 768 Abs. 2, 1211 Abs. 2 BGB.

[3]) S. auch Oertmann Bem. 4a z. § 768 BGB.

lichen Sinne begründet, so kann ein Verzicht darauf auch die Rechte von Bürgen und Verpfänder nicht verletzen.[1]) Auch auf sein Anfechtungsrecht kann der Hauptschuldner mit Wirkung gegen Bürgen und Verpfänder verzichten, da auch dieses Recht als solches keine Einrede begründet[2]), sondern nur eine dem Schuldner zustehende Dispositionsbefugnis über die Hauptschuld ist, das auszuüben ihm im Interesse von Bürgen oder Verpfänder nirgends auferlegt ist.[3])

Der Verpfänder kann die Einreden des Hauptschuldners geltend machen ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer der Pfandsache ist oder nicht. Freilich kann er sie gegen den Pfandgläubiger nur dann vorbringen, wenn dieser die Befriedigung aus dem Pfande wegen der Forderung betreibt; einem dinglichen Anspruch auf Herausgabe kann er sie nicht entgegenhalten, da hiermit nicht das auf der Forderung beruhende Pfandrecht, sondern der auf dem Pfandrecht beruhende Anspruch auf Besitz der Pfandsache geltend gemacht wird. Doch wird der Verpfänder selten in die Lage kommen, diese Einreden vorzubringen, da der im Besitz des Pfandes befindliche Pfandgläubiger die Befriedigung daraus ohne vorgängige Klage betreiben darf.

Können nun auch Bürge und Verpfänder auf Einreden aus der Forderung verzichten, da sie in diesem Falle schärfer haften wie der Hauptschuldner und eventuell mehr leisten müssen als dieser? Wieweit verträgt sich das mit der akzessorischen Natur beider Institute?

Im römischen Recht wurde ein solcher Verzicht seitens des Bürgen wenigstens für zulässig gehalten.[4])

Die Motive[5]) sprechen sich dahin aus, dass in

[1]) Ueber die durch Annahme der Gegenleistung entfallende Einrede des nicht erfüllten Vertrages s. unten S. 41 ff.

[2]) A. Ans. Hellwig, Anspruch und Klage, S. 18.

[3]) Aehnlich Oertmann, Bem. 4 c, Abs. 2 z. § 768 BGB., Planck, Anm. 2 z. § 770 BGB., Endemann § 191 N. 1.

[4]) Hasenbalg, S. 332. Zu den Ausnahmefällen von der Regel, der fideiussor kann sich der Einreden des Hauptschuldners bedienen, darf jedenfalls der Fall nicht gezählt werden, wenn der fideiussor dem Schutze ausdrücklich entsagt hat, die die betreffenden Ereignisse in der Person des Schuldners auch ihm würden gewährt haben. An der Zulässigkeit solcher Entsagung ist nicht zu zweifeln.

[5]) Bd. II, S. 662.

solchen Fällen, wo der Bürge bei Uebernahme der Bürgschaft auf Einreden des Hauptschuldners verzichtet, ein anders geartetes Schuldversprechen übrig bleibe, das nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen sei, also eine Art Garantieversprechen, die Bürgschaft demnach durch einen solchen Verzicht ihren eigentlichen Charakter verliere[1]), weil das Akzessorietätsprinzip verletzt werde. Diese Auffassung beruht auf einer u. E. nicht zu billigenden Ueberspannung des Akzessorietätsprinzipes. Dies fordert doch schliesslich nur, dass eine Hauptschuld da ist, die durch die Bürgschaft gesichert wird, und wenn sich auch die Haftung des Bürgen im allgemeinen nach dem jeweiligen Bestande der Hauptschuld richtet, so ist doch nicht einzusehen, warum diese nicht einmal durch einen freiwilligen Verzicht des Bürgen auf eine Einrede soll verstärkt werden können, solange sich dieser Verzicht nicht auf Dinge erstreckt, die der Hauptschuld gegenüber deren inneres Wesen berühren würden. Ein späterer Verzicht des Bürgen auf Einreden wird nirgends beanstandet, warum nun der im Bürgschaftsvertrage? Man muss, wenn man zu einem praktischen Ergebnis kommen will, wohl unterscheiden zwischen Einreden, deren Geltendmachung die Forderung vernichtet, durch deren Entfallen daher auch der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung einen wesentlich anderen Charakter erhalten würde wie der der Hauptschuld, z. B. die Einrede der durch unerlaubte Handlung erlangte Forderung, und solchen Einreden, bei denen das nicht der Fall ist, d. h. in erster Linie den verzögerlichen Einreden. Warum sollte der Bürge nicht auf diese ohne Gefahr für den Charakter seiner Verbindlichkeit als Bürgschaft verzichten können? Deren akzessorischer Charakter wird durch einen solchen Verzicht nicht beeinträchtigt, die Abhängigkeit von der Hauptschuld bleibt gewahrt, der Bürge leistet auch nichts Anderes als der Hauptschuldner, nur dasselbe früher. Bei zerstörenden oder nur Naturalobligationen übrig lassenden Einreden jedoch kann u. E. der Bürge nicht verzichten, ohne dass seine Verpflichtung ihren Bürgschaftscharakter ver-

[1]) Ebenso Planck z. §§ 768 BGB., Bem. c; Endemann § 191, Anm. 12.

liert. Denn in diesen Fällen hätte er freilich etwas wesentlich Anderes zu leisten als der Hauptschuldner; die beiden Verpflichtungen sind nicht mehr dieselben; denn eine Verbindlichkeit, die durch eine Einrede hinfällig gemacht werden kann, ist von einer, bei der dies nicht geht, freilich dem Wesen nach verschieden, und hier würde auch u. E. aus der Bürgschaft ein durchaus anders geartetes Schuldversprechen werden.[1])

Wieweit kann der Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist, auf Einreden aus der Forderung verzichten? Wenn der Bürge durch solchen Verzicht den Inhalt seiner Verpflichtung ev. dergestalt verändert, dass sie ihren Bürgschaftscharakter verliert, so steht das beim Verpfänder nicht zu befürchten, da diesen keine positive Leistungspflicht wie den Bürgen trifft, und daher deren Inhalt durch einen Einredeverzicht auch nicht berührt werden kann. Bei der Bürgschaft ist das Recht, die Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen, gewissermassen ein wesentlicher Bestandteil des Bürgschaftsvertrages, beim Pfandvertrage dagegen ein Recht, das dem Verpfänder zwar zusteht, aber mit seiner eigentlichen Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung in das Pfand zu dulden, nichts zu tun hat. Diese Duldungspflicht behält ihren gleichen Charakter, ob nun der Verpfänder das Recht hat, die Einreden des Schuldners geltend zu machen oder nicht, da die Forderung immer die gleiche bleibt; demnach dürfte einem Verzichte des Drittverpfänders auf Einreden aus der Forderung nichts im Wege stehen.

Einreden aus der Forderung können solche sein, deren Geltendmachung die Verwirklichung der Forderung hinausschiebt, oder solche, deren Geltendmachung sie unmöglich macht, aufschiebende oder zerstörende Einreden.

2. Aufschiebende Einreden.

Zu der Gruppe der aufschiebenden Einreden gehört insbesondere die Einrede der Stundung. Wird

[1]) Zustimmend Dernburg § 287 III, S. 399, der jedoch auch den Verzicht in den Fällen, wo die Einrede noch eine natürliche Verbindlichkeit übrig lässt, ohne Schaden für den Charakter der Bürgschaft für zulässig hält; s. auch Schollmeyer, S. 84; Matthiass, S. 571; Herms, S. 38.

die Fälligkeit nach Uebernahme von Bürgschaft und Pfandrecht hinausgeschoben, die Hauptschuld also gestundet, so brauchen Bürge und Verpfänder sich darauf nicht einzulassen, da durch nachträgliche Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners weder die Haftung des Bürgen noch des von einem Dritten bestellten Pfandes erweitert wird.[1]) Es ist ihnen aber unbenommen, sich darauf zu berufen, doch müssen sie dann die Stundung als in ihrem ganzen Umfange gegen sich wirksam anerkennen.[2]) Denn dadurch, dass sie der dem Hauptschuldner nachträglich erteilten Stundung zustimmen, indem sie sich darauf berufen, erkennen sie sie als für sich verbindlich an, und diese Anerkennung dürfen sie nicht einseitig wieder zurücknehmen, weil sie sich als eine durch Vertrag mit dem Gläubiger erweiterte Haftung ihrer selbst, bezw. des Pfandes darstellt. Eine Anfechtung dieser Anerkennung ist wie bei jeder Willenserklärung natürlich auch hier möglich. — Zuzugeben ist Oertmann a. a. O., dass nicht jede Stundung die Fälligkeit hinausschiebt, da man sich sehr wohl verpflichten kann, auch eine an sich fällige Schuld nicht sofort beizutreiben. Eine solche Abrede kann die Haftung von Bürgen und Pfand nicht berühren, da die Hauptschuld dem Hauptschuldner gegenüber und damit auch ihnen gegenüber fällig bleibt, und Bürge und Verpfänder es bei fälligen Forderungen ja in der Hand haben, den Gläubiger zu befriedigen, und der Hauptschuldner ihrem Regressanspruch die mit dem Gläubiger getroffene Abrede als die Fälligkeit der Hauptschuld nicht berührend, nicht entgegensetzen kann. Welche Bedeutung eine solche Stundungsabrede jedoch im einzelnen Falle hat, ist jedesmal durch Auslegung zu ermitteln.

Entspringt die Hauptschuld einem gegenseitigen Vertrage, so steht dem Hauptschuldner der Leistungsklage des Gläubigers gegenüber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, die auch Bürge und Verpfänder geltend machen können. Der sie vorbringende Hauptschuldner wird nach § 322 BGB. zur Leistung

[1]) §§ 768, Satz 3, 1210, Abs. 1, Satz 3, auch R. G. 59, S. 238 ff.

[2]) So auch Planck Bem. 1 z. § 768 BGB., Oertmann, Bem. 2 a z. § 768 BGB.

Zug um Zug verurteilt. Dem Bürgen und Verpfänder gegenüber ist solche Verurteilung ausgeschlossen, da sie nicht zur Annahme der Gegenleistung berechtigt sind. Aber ebensowenig ist möglich, was Westerkamp [1]) meint, der Kläger müsste mit seiner Klage abgewiesen werden, da aus § 322 BGB. herauszulesen sei, dass diese Folge, nämlich Verurteilung Zug um Zug, nur eintreten könne, wenn Erfüllung der Verpflichtung vom Gegenleistungsberechtigten gefordert würde; die Fassung des § 322 BGB.: „So hat die Geltendmachung des dem andern Teile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung u. s. w.", gibt für Westerkamps Auslegung garnichts her; vielmehr spricht der Umstand, dass von dem klagenden Vertragsteil persönlich, von dem beklagten und seinem Gegenrechte nur unpersönlich und gerade unter Vermeidung der Feststellung, dass lediglich der Beklagte diese Einrede geltend machen könne, gesprochen wird, besonders dafür, dass die Wirkung der Einrede, die Verurteilung Zug um Zug, eintritt, ohne Rücksicht darauf, wer sie geltend macht, der beklagte Hauptschuldner oder ein dazu berechtigter Dritter. Die Geltendmachung der Einrede durch Bürgen oder Verpfänder kann deshalb nur die Wirkung haben, dass sie verurteilt werden Zug um Zug gegen die an den Hauptschuldner zu bewirkende Gegenleistung. [2])

Kommt nun der Hauptschuldner mit der Annahme der ihm angebotenen Gegenleistung in Verzug, so kann der Gläubiger ihm gegenüber seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, [3]) aber auch gegen den Bürgen und Verpfänder. Denn wie der Hauptschuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht mehr vorbringen, sondern seine Position höchstens dadurch verbessern kann, dass er die Gegenleistung annimmt, so können auch Bürge und Verpfänder die Einrede nicht mehr geltend machen. Der Hauptschuldner hat die Einrede durch die infolge seines Annahmeverzuges ermöglichte Beitreibung

[1]) S. 446.
[2]) So auch Oertmann Bem. 2 c. β. z. § 768 BGB.
[3]) § 274, Abs. 2 BGB.

seiner Schuld verloren. Wird jetzt der Annahmeverzug des Hauptschuldners geheilt, und kommt der Gläubiger seinerseits in Leistungsverzug, so trifft der Schade den Hauptschuldner allein; denn dem Regressanspruch von Bürgen oder Verpfänder kann er die Einrede nicht mehr entgegen halten, da sie zurzeit des Ueberganges der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger nicht mehr begründet war; denn die Forderung des Gläubigers ist infolge der Befriedigung durch den Bürgen oder aus dem Pfande erloschen, wenigstens als konnexe Gegenforderung, und die Regressforderung von Bürgen oder Verpfänder beruht auf keinem gegenseitigen Vertrage, sondern auf einer Fiktion.[1])

Da in diesem Verlust der Einrede auf Seiten des Hauptschuldners weder ein Verlust durch Rechtsgeschäft noch ein Verzicht zu erblicken ist, geht die Einrede auch für Bürgen und Verpfänder verloren; wie oben dargelegt, schadet ihnen das aber auch nicht. Ein ausdrücklicher Verzicht dürfte freilich dem Bürgen oder Verpfänder gegenüber ohne Wirkung sein;[2]) disponiert der Hauptschuldner dagegen über den ganzen Gegenanspruch, so kann das auch auf den Bestand der Hauptschuld für Bürgen und Verpfänder nicht wirkungslos bleiben, da die Einrede eben nur soweit und solange vorhanden ist, als der Gegenanspruch dauert, dieser jedoch mit der Verpflichtung des Bürgen oder Verpfänders nichts zu tun hat.[3])

3. Zerstörende Einreden.

Unter den zerstörenden Einreden ist die Einrede der durch eine unerlaubte Handlung erlangten Forderung zu erwähnen[4]), nach der der Verletzte die Erfüllung der Forderung auch dann verweigern kann, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist. Solange das Anfechtungsrecht wegen Täuschung, Drohung usw. besteht, hat der Hauptschuldner die Wahl, ob er dieses oder obige Einrede geltend machen

[1]) Dies übersieht Westerkamp, daher dessen unbefriedigendes Resultat, dass die Klage des Gläubigers gegen den Bürgen, wenn dieser die Einrede vorbringt, stets, auch bei Annahmeverzug des Hauptschuldners, abzuweisen sei. A. a. O. S. 448 ff.

[2]) And. Ans. Hölder: Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 93, S. 120 f.

[3]) So auch Westerkamp, S. 450.

[4]) § 853 BGB.

will; erst wenn letzteres erloschen ist, ist er auf obige Einrede beschränkt. Dies Verweigerungsrecht steht unabhängig neben dem Anfechtungsrecht; deshalb können Bürge und Verpfänder diese Einrede auch vorbringen, während das Anfechtungsrecht selber ihnen für die Dauer seines Bestehens nur eine aufschiebende Einrede gewährt.[1])

Auch die Chikaneeinrede aus § 226 BGB., dass die Ausübung eines Rechtes unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen, wird man dem Bürgen und Verpfänder zubilligen müssen.[2])

Der Bürge kann sich auf die Verjährung seiner eigenen Verbindlichkeit wie auf die der Hauptschuld berufen.[3]) Da beide Verpflichtungen selbständig sind, so läuft auch für beide eine getrennte Verjährung, und so kann die Verjährung der einen Verbindlichkeit unterbrochen oder gehemmt sein, die der andern nicht. Die Verjährungsfrist der Hauptschuld ist verschieden, je nach ihrem Ursprung; die Bürgschaft verjährt stets in dreissig Jahren, da der Anspruch auf Einstehen für die Verbindlichkeit eines Andern nicht unter den Ansprüchen aufgeführt ist, für die § 195 und § 196 BGB. eine kürzere Verjährungsfrist bestimmt.[4]) Da der Bürge nicht Schuldner der Hauptschuld ist, kann ihm gegenüber diese natürlich auch nicht verjähren noch in ihrer Verjährung unterbrochen werden.[5]) Auf die Verjährung der Hauptschuld kann der Bürge sich deshalb berufen, weil sie für den Hauptschuldner eine Einrede begründet und der Bürge diese geltend machen kann, nicht, weil ihm persönlich dadurch eine Einrede erwachsen wäre.[6]) Dass es bei der Selbständigkeit beider Verbindlich-

---

[1]) §§ 770, 1211 BGB., so auch Staudinger, Bem. a 2 z. § 770 BGB.

[2]) Zustimmend Flechtheim, Grouchots Beitr. 44, S. 96.

[3]) So auch im römischen Recht, s. Hasenbalg, S. 156 ff, S. 345 ff.

[4]) So richtig Westerkamp, S. 485.

[5]) Unzutreffend daher: Scherer, Anm. 12, z. § 765 BGB., nach dem die Unterbrechung der Hauptschuld dem selbstschuldnerischen Bürgen gegenüber genügt, um den Anspruch ihm gegenüber zu erhalten.

[6]) Zweifelhaft in der Fassung, aber im Ergebnis übereinstimmend, Oertmann, Anm. 1, Abs. 4 z. § 768; Planck, Anm. 7 z. § 768 BGB., die nicht erkennen lassen, ob sie auch eine Verjährung der Hauptschuld dem Bürgen gegenüber für möglich halten.

keiten keinen Unterschied machen kann, ob der Bürge sich als Selbstschuldner verbürgt hat oder nicht, bedarf kaum der Erwähnung. War die Hauptschuld zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bereits verjährt, und war dem Bürgen dies bekannt, so kann darin unter Umständen ein Verzicht auf die Einrede liegen. Doch wird man mit dieser Annahme sehr vorsichtig sein müssen, da ein solcher Verzicht[1]) der Verbindlichkeit des Bürgen den Bürgschaftscharakter nimmt, und jemand bei Uebernahme einer Bürgschaft wohl schwerlich auf diesen Charakter seiner Verbindlichkeit wird Verzicht leisten wollen. — Der Verpfänder kann nach § 223 BGB. die Einrede der Verjährung der Hauptschuld nicht für sich in Anspruch nehmen. Das Pfandrecht als solches unterliegt als dingliches Recht der Verjährung nicht.[2]) Ueber die Einrede der Rechtskraft s. unten, S. 90 f.

4. Einreden, die dem Bürgen und Verpfänder versagt sind.

Einreden, die dem Bürgen und Verpfänder gesetzlich versagt sind, sind die Einrede der beschränkten Erbenhaftung[3]) und die Einreden aus einem Zwangsvergleich[4]), weil der Gläubiger gegen solche Fälle, in denen die Forderung von Bestand bleibt, eine Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners aber nicht zu erreichen ist, gerade geschützt sein soll.[5]) Es ist dies eine Ausnahme von dem Grundsatze der Akzessorietät, denn Bürge und Verpfänder haben hier tatsächlich Einreden nicht, die der Hauptschuldner hat. Die erste Ausnahme ist freilich nur eine scheinbare, denn der Erbe, dem die Erbschaft ohne sein Zutun anfällt, ist zunächst nur formell Schuldner der Nachlassverbindlichkeiten; durch Herbeiführung der beschränkten Erbenhaftung schützt er sein eigenes

---

[1]) s. S. 39 oben.
[2]) So auch Endemann. § 92, S. 553.
[3]) §§ 768 Abs. 2, 1211 Abs. 2 BGB.
[4]) K.O. § 193.
[5]) Allgemein durchgeführt ist dieser Gedanke allerdings nicht, da der Bürge gewisse derartige Einreden, wie die Einrede des Notbedarfs des Hauptschuldners (§ 519 BGB.) vorbringen darf. Ein Antrag, der alle diese Einreden dem Bürgen nehmen wollte, ist in der zweiten Kommission abgelehnt. Planck, Anm. 5 z. § 768 BGB.

Vermögen vor den Nachlassschulden. Bürgschaft und Pfand sind zugunsten der Forderung gegen den Hauptschuldner bestellt, und wenn dessen Vermögen zu ihrer Erfüllung nicht ausreicht, erfolgt diese durch den Bürgen oder aus dem Pfande. Dass hierbei der Tod des Hauptschuldners dem Bürgen und Verpfänder keinen Vorteil bringen soll, ist nur natürlich, und wenn der Erbe, in dessen Hand sich ohne sein Zutun zunächst das Vermögen des Hauptschuldners mit seinem eigenen vereinigt, diese Vereinigung durch Herbeiführung der beschränkten Erbenhaftung wieder aufhebt, so ist dies eine Vergünstigung, die ihm persönlich zukommt, und wenn Bürge und Verpfänder diese Vergünstigung nicht beanspruchen können, so sind sie nicht geschädigt, denn das, was der Hauptschuldner zum Zwecke der Tilgung hätte leisten können, bleibt zu diesem Zwecke erhalten.[1])

Ein Zwangsvergleich berechtigt den Hauptschuldner, die ganze Schuld durch Zahlung eines Teilbetrages zu tilgen. Bürge und Verpfänder müssen dagegen den ganzen bezw. den Restbetrag zahlen, ohne dass sie einen anderen Regressanspruch als auf die Akkordrate erhalten und diesen auch nur dann, wenn der Hauptschuldner sie nicht bereits ausgezahlt hat. Wenn man auch annehmen will, dass eine Naturalforderung übrig bleibt[2]), was übrigens gegenüber den Bestimmungen der Konkursordnung §§ 195, 196, die den Zwangsvergleich als einen vergleichsmässigen Erlass bezeichnen, bedenklich ist[3]), so ist doch nicht zu leugnen, dass das Prinzip der Akzessorietät hier zu Ungunsten von Bürgen und Verpfänder durchbrochen ist; denn sie können sich nicht wie der Hauptschuldner auf die naturale Qualität der Forderung berufen.

Dem Verpfänder ist weiter die Einrede des Ausschlusses des Gläubigers mit seiner Forderung infolge Aufgebots der Nachlassgläubiger und der verspäteten Geltendmachung gegen den Erben verschlossen.[4])

[1]) s. Oertmann Anm. 2 b z. § 768 BGB. Als Hauptschuldner wird weniger der Erbe als die in gewissem Sinne noch selbständige Erbschaft angesehen; ähnlich Westerkamp S. 90, Dernburg § 287 II.

[2]) Wie dies Oertmann z. § 814 und R. G. 42, S. 12, tuen.

[3]) Westerkamp, S. 91; siehe oben S. 34.

[4]) § 1971 BGB.

Es liegt hier zwar auch eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips vor; denn der Verpfänder hat hier tatsächlich eine Einrede nicht, die der Schuldner hat. Aber diese Einrede beruht nicht auf einem Mangel der Forderung, sondern auf einer Nachlässigkeit des Gläubigers in der Verfolgung seines Anspruches und berührt sich darin mit der gleichen Ursachen entspringenden dem Verpfänder gleichfalls versagten Verjährungseinrede. Solche Mängel sollen nach der Tendenz des Gesetzes den dinglichen Anspruch nicht beeinflussen.[1])

5. Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Forderung.

Was die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Forderung, Wandlungs- und Minderungseinrede, anlangt, so sind dies Ansprüche des Hauptschuldners, kraft deren er über den Inhalt seiner Schuld disponiert. Eine solche Disposition ist dem Bürgen und Verpfänder naturgemäss versagt.[2]) „Sie können durch einen Willensakt des Hauptschuldners erzeugbare Einreden nicht durch eigenen Willensakt hervorrufen.“[3]) Wandlung und Minderung werden vollzogen durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, durch den Ansprüche aus dem Kaufvertrage geltend gemacht werden; infolgedessen müssen dem Bürgen und Verpfänder, die nicht Kontrahenten dieses Vertrages sind, daraus resultierende Ansprüche versagt bleiben. Wenn diese Ansprüche auch Einreden erzeugen und gegebenen Falles dem Gläubiger gegenüber als Einreden geltend gemacht werden mögen, so ist diese Geltendmachung nur eine Betätigung jener Gewährleistungsansprüche, und diese kann eben nur der Schuldner allein betätigen. Nicht einmal das Minderungsrecht können Bürge und Verpfänder ausüben; denn wenn die Minderung auch das Minus gegenüber der Wandlung darstellt, so ist doch ihre Geltendmachung auch nur eine Betätigungsform jener

---

[1]) s. Neumann Bem. 1 z. § 1971 BGB.
[2]) so auch Staudinger Bem. 3 z. § 770 BGB.
[3]) Motive, Bd. 2, S. 663.

Ansprüche.[1]) Auch die Einrede aus § 478 BGB., die bei rechtzeitig erfolgter Mängelanzeige den Schuldner auch nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche zur Verweigerung der Leistung berechtigt, kann Bürgen und Verpfänder nicht zugebilligt werden, da auch hier, wenn auch nur beschränkt, dieselben Gewährleistungsansprüche betätigt werden.[2])

Anders liegt es u. E., wenn der Hauptschuldner sich für Ausübung seiner Gewährleistungsansprüche entschieden und seinen Wandlungs- oder Minderungswillen dem Gläubiger gegenüber durch Anzeige, Klage und dergl. zum Ausdruck gebracht hat. Dann können auch Bürge und Verpfänder dem Gläubiger die Einreden entgegen setzen; denn dann fällt das Bedenken fort, dass sie hierdurch dem Entscheidungsrechte des Hauptschuldners, ob er seine Gewährleistungsansprüche geltend machen will oder nicht, durch Geltendmachung der Einrede vorgreifen.[3]) Freilich müssen sie sich, wenn der Hauptschuldner sich für die Minderungseinrede entschieden hat, an diese halten und dürfen nicht etwa die Wandlungseinrede vorbringen. Verfehlt ist u. E. das Bestreben, dem Hauptschuldner nach § 768, Abs. 2 BGB. das Recht absprechen zu wollen, mit Wirkung gegen den Bürgen durch Wahl der minder weit gehenden Minderungseinrede auf die weiter gehende Wandlungseinrede zu verzichten.[4]) Das wäre ebenso, wie wenn man dem Hauptschuldner die Verpflichtung auflegen wollte, zugunsten von Bürgen oder Verpfänder sein Anfechtungsrecht auszuüben. — Dem Bürgen und Verpfänder während des Bestehens der Gewährleistungsansprüche eine aufschiebende Einrede analog §§ 770 Abs. 1, 1211 Abs. 1 BGB. bei bestehendem Anfechtungsrecht des

[1]) And. Ans. Dernburg, § 287 IV, Crome, S. 878 und R. G. 66, S. 332 ff, die dem Bürgen die Minderungseinrede zugestehen, die Wandlungseinrede aber versagen, was u. E. inkonsequent ist. Entweder sind beides wirkliche Einreden, dann müssen Bürge und Verpfänder sie auch beide haben, oder es sind besonders geartete Ansprüche des Schuldners, die auch als Einreden geltend gemacht werden können, dann müssen ihnen beide versagt sein.

[2]) And. Ans. Planck, Anm. 10 z. § 770, zustimmend Nissen: Die Rechtsstellung des Kaufpreisbürgen bei mit Gewährmängeln behafteter Kaufsache, Jur. Wochenschrift 02., S. 460.

[3]) So auch Hellwig, Anspruch und Klage S. 24, Westerkamp S. 451.

[4]) Oertmann Bem. 2c z. § 768 BGB.

Hauptschuldners geben, will Westerkamp[1]), bezüglich des Bürgen mit der Begründung, man könne ihm die einredeweise Weigerung der Zahlung nicht zugestehen, weil damit die Begründung der Verpflichtung zur Rückgewähr untrennbar verbunden sei, man könne aber auch den Bürgen nicht auf das dem Minderungsanspruche entspringende Recht beschränken, weil das eine unzulässige Belastung des Bürgen in duriorem conditionem wäre; auch könne man ihm die Wahl zwischen beiden Einreden nicht zugestehen, weil eine solche Wahl den Hauptschuldner nicht binden würde, und so bliebe nur übrig, der Bürge müsse die Befriedigung des Hauptschuldners verweigern dürfen, solange dem Hauptschuldner das Wahlrecht zwischen den Gewährleistungsansprüchen zustände. Eine solche Regelung wäre denkbar und gewiss auch ganz zweckmässig, wie sie ja auch beim Anfechtungsrecht, das sich ebenfalls als ein Dispositionsrecht des Hauptschuldners über die Hauptschuld darstellt, getroffen ist. Da das Gesetz es aber vermieden hat, sich hierüber auszusprechen, und die Einrede aus § 770 BGB. augenscheinlich eine wegen der weitgehenden Wirkungen des Anfechtungsrechts aufgenommene Ausnahmebestimmung sein soll, darf sie u. E. auch nicht im Wege der Analogie verallgemeinert werden. Die u. E. richtige Schlussfolgerung aus den an sich gewiss überzeugenden Darlegungen Westerkamps ist folgende: Gerade weil aus den ausgeführten Gründen dem Bürgen — das Gleiche gilt sinngemäss vom Verpfänder — diese Einreden nicht zugebilligt werden können, da sie auf einem dem Hauptschuldner allein vorbehaltenen Dispositionsrecht beruhen, so üben sie auf die Verpflichtung des Bürgen auch zunächst noch gar keinen Einfluss aus, solange nämlich der Hauptschuldner von seinem Rechte noch keinen Gebrauch gemacht hat. Freilich stehen die Einreden auch dem Regressanspruch von Bürgen und Verpfänder entgegen; diese können aber, wenn sie ihnen entgegengehalten werden, von dem Gläubiger die Differenz, die sie vom Hauptschuldner nicht erhalten können, als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.[2])

[1]) S. 450 ff.

[2]) Zustimmend Planck, Bem. 10 z. § 770 BGB.

IX. Bestand eines Herabsetzungsrechtes der Hauptschuld.

Ist für den Fall der nicht rechtzeitigen Erfüllung oder der Nichterfüllung einer Schuld vom Schuldner eine Vertragsstrafe versprochen, so kann sie bei unverhältnismässiger Höhe nach § 343 BGB. auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden, desgleichen ein für die Vermittelung von Dienstverträgen vereinbarter unverhältnissmässig hoher Mäklerlohn nach § 655 BGB. Es erhebt sich die Frage, wieweit diese Bestimmungen auf Bürgschaft und Pfandrecht, die für die Vertragsstrafe haften, einen Einfluss ausüben.

Dies Ermässigungsrecht kann zunächst vom Hauptschuldner jedenfalls im Wege der Klage gegen den Gläubiger auf Herabsetzung oder im Wege der Widerklage gegen die Leistungsklage des Gläubigers geltend gemacht werden.[1]) Dieser Weg ist dem Bürgen und Verpfänder zweifellos verschlossen, da beide nicht Schuldner des Hauptanspruchs sind, und die Herabsetzung der Strafe nur dann durch richterliches Erkenntnis erfolgt, wenn der Schuldner sie beantragt.

Darum fragt es sich, ob der Anspruch auf Herabsetzung auch eine Einrede für den Hauptschuldner begründet, die dann Bürge und Verpfänder geltend machen könnten. Eine Einrede ist das Recht, die Befriedigung eines an sich bestehenden Anspruchs auf Grund besonderer tatsächlicher Voraussetzungen verweigern zu dürfen. Der Schuldner hat hier aber nur das Recht, die Herabsetzung durch Urteil zu verlangen. Erfolgt diese, so ist der Anspruch des Gläubigers auf die Vertragsstrafe in Höhe des herabgesetzten Betrages erloschen; es bleibt nicht einmal eine Naturalobligation übrig; es ist daher auch keine Einrede mehr begründet; das Urteil hat konstitutive Wirkung.[2]) Es handelt sich auch nicht um einen,

[1]) s. Planck, Anm. 1 z. § 343 BGB., Oertmann; Anm. 3b z. § 343 BGB.

[2]) Zustimmend Planck, a. a. O.; Hellwig, Anspruch und Klage, S. 13; Schollmeyer, Anm. 2a z. § 343 BGB. And. Ans. Dernburg, § 102 II; Goldmann, Lilienthal S. 397; Staudinger, Bem. 4 z. § 343 BGB., R. G. in Jur. Wochenschr. 03, Beilage, S. 96. Endemann, § 133 Z 4; Hölder, Recht 1900, S. 163, weil das

der Einrede ähnlichen Rechtsbehelf (Siber, Rechtszwang, S. 150); denn, wenn dieses Recht der Einrede ähnlich wäre, so müsste doch immerhin die Hauptschuld als solche bestehen bleiben, wenn sie auch nicht klageweise geltend gemacht werden könnte; aber diese erlischt ja gerade um den herabgesetzten Betrag. Auch die Analogie der Wandlung schlägt[1]) nicht durch, da bei dieser der Richter den fehlenden Parteiwillen ergänzt, während er hier das von der Partei Gewollte ausser Kraft setzt. Soll überhaupt eine Analogie herangezogen werden, so kann es u. E. höchstens die des Anfechtungsrechtes sein. Hier wie dort wird auf Initiative des Schuldners ein an sich formell giltig und wirksam zustande gekommenes Rechtsgeschäft entgegen der ursprünglichen Parteiabsicht aufgelöst, weil seine tatsächlichen Grundlagen dem materiellen Rechte nicht entsprechen. Der einzige Unterschied ist nur, dass beim Anfechtungsrecht die Willenserklärung des Schuldners zur Aufhebung des Rechtsgeschäfts genügt, während sie beim Herabsetzungsrecht nur den Anstoss dazu giebt, und die freilich nur teilweise Aufhebung durch konstitutives richterliches Erkenntnis erfolgt.[2]) Bei Ausübung des Anfechtungsrechtes wird das ganze Rechtsgeschäft hinfällig, beim Herabsetzungsrecht nur ein Teil desselben, die Vertragsstrafe, und auch diese nur teilweise. Wieweit dieses Hinfälligwerden durch die Herabsetzung Platz greifen soll, darüber kann der Schuldner bei dem Zwiespalt seiner und des Gläubigers Interessen nicht entscheiden. Die Feststellung, wieweit die Ansprüche des Gläubigers berechtigt sind, wieweit nicht, muss in der Hand eines unbeteiligten

---

Gesetz hier nur von einem Antrag spricht, und dieser Ausdruck keineswegs notwendig auf eine besondere Widerklage hinweise — der Ausdruck vielleicht nicht, aber die ganze Gestaltung des Rechtes. — Ebenso Oertmann, a. a. O., der jedoch Bem. c. t. z. § 768 BGB. zugiebt, dass eine wahre Einrede in diesem Rechte nicht liegt, trotzdem aber meint, dass der Zweck des Gesetzes eine entsprechende Anwendbarkeit des § 768 BGB. rechtfertigen würde, was vielleicht zutrifft, aber u. E. nicht ausreicht, um die Ausnahme von dem Grundsatze, dass Dispositionsrechte des Hauptschuldners über die Hauptschuld vor ihrer Ausübung dem Bürgen und Verpfänder nichts nützen sollen, zu rechtfertigen.

[1]) So zutreffend Oertmann, a. a. O.

[2]) Hölder, a. a. O., S. 162, hält das Urteil für ein Feststellungsurteil.

Dritten liegen, und als dieser ist zweckmässig der Richter vom Gesetze vorgesehen.[1]) Beim Anfechtungsrecht prüft der Richter höchstens, ob ein Anfechtungsgrund besteht, ob also die Abgabe einer Anfechtungserklärung berechtigt ist, die Folgen ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen von selbst; beim Herabsetzungsrechte prüft er auch, ob ein Herabsetzungsgrund, nämlich unverhältnismässige Höhe der Vertragsstrafe besteht, die Folgen ergeben sich aber aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht von selbst; diese weisen den Richter nur an, die Folgen, die im konkreten Falle einzutreten haben, durch seinen Spruch zu fixieren.

Demnach ist der Anspruch des Schuldners auf Herabsetzung der unverhältnismässig hohen Vertragsstrafe durch Urteil u. E. nicht als Einrede aufzufassen, und es muss deshalb seine Geltendmachung auch dem Bürgen und Verpfänder versagt bleiben.

X. Aufhebung der Hauptschuld.

Die Aufhebung der Hauptschuld, mag sie wie auch immer zustande gekommen sein, wirkt notwendiger Weise auch zugunsten von Bürgen und Verpfänder. Sie erfolgt entweder willensgemäss durch Zusammenwirken der Beteiligten oder tritt ohne Rücksicht auf ihren Willen als gesetzlich bestimmte Folge gewisser Umstände ein.

1. Aufhebung durch die Beteiligten.

Das Naturgemässe ist Tilgung der Hauptschuld durch eigene Leistung des Hauptschuldners. Nimmt der Gläubiger diese an, so erlischt damit die Hauptschuld, und Bürge und Pfand werden frei. Nimmt er sie nicht an, so werden sie, auch wenn dem Gläubiger die Leistung vom Hauptschuldner so angeboten wird, dass er durch Nichtannahme in Annahmeverzug kommt, nicht frei, geniessen aber dieselben Haftungsbeschränkungen wie der Hauptschuldner. Das ergiebt

[1]) Für die Auffassung als Anfechtungsrecht auch Hölder, a. a. O., S. 162, der jedoch ohne analoge Anwendung dazu gelangt.

sich ohne weiteres aus §§ 768, 1211 BGB.[1]) Bei Gattungsschulden z. B. geht die Gefahr auf den Gläubiger über, und bei andern haften Hauptschuldner und Bürge nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.[2])

Wann eine Aufhebung der Hauptschuld durch Zahlung des Bürgen erfolgen kann, darüber ist im BGB. nichts bestimmt. Im römischen Rechte ist der fideiussor Schuldner der Hauptschuld; er schuldet dasselbe wie der Hauptschuldner und ist deshalb auch berechtigt, seine eigene Schuld zu tilgen, wie er will, sei es durch Zahlung, Hingabe an Erfüllungsstatt oder Aufrechnung.[3]) Im § 774 BGB. jedoch steht nur: Insoweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über, nicht aber, dass er auch ein Recht zu dieser Befriedigung hätte, das er, selbst gegen den Willen des Gläubigers, ausüben könnte. Es muss deshalb auf die allgemeinen Bestimmungen zurückgegriffen werden, die für die Erfüllung von Forderungen durch Dritte gelten. Hierüber bestimmt § 267 BGB.: „Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken," und der Gläubiger muss diese Leistung annehmen, wenn der Schuldner nicht widerspricht. Vor Fälligkeit der Forderung kann jedoch der Gläubiger die Leistung des Bürgen ablehnen, wie er die des Hauptschuldners ablehnen kann. Nach Fälligkeit muss er sie annehmen, aber nur die wirkliche Leistung. So wenig ein Dritter den Gläubiger durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung oder durch Hinterlegung befriedigen kann, so wenig kann es der Bürge. Wenn dieser aber aus dem Bürgschaftsvertrage vom Gläubiger auf eigene Leistung

[1]) s. Westerkamp S. 385. Anders nach römischem Recht, wo nur die durch Annahmeverzug eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung dem Bürgen nützen soll. l. 88 D, 45, I.

[2]) Dernburg, § 290 Anm. 9, will bei unentschuldbarem Annahmeverzug des Gläubigers dem Bürgen gegen eine Klage des Gläubigers die exceptio doli geben. Demgegenüber ist zu bemerken, dass der Gläubiger regelmässig — Ausnahme § 433 BGB. — nur ein Recht auf Leistungsannahme, aber keine Pflicht dazu hat, und dadurch, dass er seines Rechtes sich begibt, nie dolos handeln kann. Aehnlich auch Planck, Bem. I z. § 776 BGB.; Staudinger Bem. 3 z. § 776 BGB.

[3]) Hasenbalg, S. 160—164.

belangt wird, er also für die Erfüllung der fremden Schuld durch eigene Leistung einsteht, kann er den Gläubiger auch durch Aufrechnung befriedigen; denn hier tilgt er durch Aufrechnung die eigene Verbindlichkeit.[1]) Diese eigene Verbindlichkeit kann der Bürger nur dann tilgen, wenn für sie gegenüber seiner Gegenforderung die Möglichkeit einer Aufrechnung vorliegt. Seine Verpflichtung zum Einstehen, das Bereithalten seines Vermögens zur Tilgung der Hauptschuld auf Verlangen des Gläubigers, hat an sich einen andern Charakter als seine Gegenforderung. Da er nicht Schuldner der Hauptverbindlichkeit ist, kann er gegen diese zunächst nicht aufrechnen. Erst wenn das Einstehen durch das Erfüllungsbegehren des Gläubigers zum Leistenmüssen geworden ist, erhält seine Verbindlichkeit denselben Inhalt wie die des Hauptschuldners, und erst dann ist er, wenn die Hauptschuld überhaupt aufrechenbar ist, zur Aufrechnung befugt. Dann ist er auch erst in der Lage, die ihm obliegende Leistung im Sinne des § 387 BGB. zu bewirken. Vorher fehlt es an der erforderlichen Gleichartigkeit der Forderungen. Denn solange der Gläubiger nichts von ihm fordert, liegt ihm überhaupt keine Leistung ob.[2]) Dürfte der Bürge, vom Gläubiger unbelangt, aufrechnen, so würde er damit über die ihm materiell fremde Hauptschuld verfügen.[3])

Der Verpfänder ist günstiger gestellt als der Bürge. Zwar schuldet er die Hauptschuld ebensowenig wie dieser; trotzdem ist für ihn die Möglichkeit, den Hauptschuldner zu befriedigen, viel weitgehender. Zunächst steht er schon insofern besser, als er stets zur Befriedigung in der Lage ist, da nur für Geldforderungen oder für solche, die in eine Geldforderung übergehen können, eine Pfandbestellung möglich ist[4]); und weiter hat er, auch anders als

---

[1]) Ebenso Sievers: Bürgschaft und Aufrechnung Recht 1903, S. 308. dagegen Conrades, ebenda, S: 308.

[2]) Anderer Ans. R. G. 53, S. 403; Planck Bem. 6 z. § 770 BGB.

[3]) Die herrschende Ansicht gestattet dem Bürgen jedoch die Aufrechnung schon, bevor er belangt wird, weil er damit seine Bürgschaftsverpflichtung tilge; so Kohler, Bd. 2, § 154 IV, S. 418, Goldmann-Lilienthal, § 210, Anm. 15.

[4]) § 1228 BGB.

der Bürge, ein Recht zu dieser Befriedigung, sobald der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.[1])

Eine ihm ordnungsmässig angebotene Zahlung seitens des Verpfänders darf der Pfandgläubiger also auch bei Widerspruch des Schuldners bei Gefahr des Annahmeverzuges nicht ablehnen. Der Drittverpfänder ist zur Leistung berechtigt, sobald die Forderung fällig geworden ist, dann aber auch, ohne dass er wie der Bürge darauf warten müsste, dass er vom Gläubiger belangt wird. Nach § 1224 BGB. kann die Befriedigung seitens des Verpfänders auch durch Aufrechnung oder Hinterlegung erfolgen. Der Verpfänder kann hier also gegen eine ihm materiell fremde Schuld mit seiner eigenen Forderung gegen den Pfandgläubiger aufrechnen, so dass das Prinzip der Gegenseitigkeit der aufzurechnenden Forderungen hier durchbrochen ist. Der Bürge schuldet wenigstens dann, wenn er vom Gläubiger auf Zahlung belangt wird, wenn aus dem Einstehenmüssen, der blossen Sicherungsverpflichtung, also das Sichern durch Leistung, das Leistenmüssen, geworden ist; der Verpfänder schuldet aber nie.

Wenn letzterem trotzdem so viel weitergehende Rechte eingeräumt werden, so ist der Grund wohl nicht in einer aus Vorsicht gegebenen nicht notwendigen Deklaration des BGB. zu suchen[2]), sondern der innere Grund liegt wohl darin, dass in diesem Falle der Besitz oder ein dingliches Recht verloren gehen kann, und dass deshalb der Berechtigte, obwohl er nicht Schuldner ist, nachdrücklicher als ein solcher geschützt wird.[3]) —

Steht dem Hauptschuldner ein Rücktrittsrecht zu, so können Bürge und Verpfänder sich nicht darauf berufen. Ein solches Recht enthält ebenso wie das Anfechtungsrecht oder die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel eine Dispositionsbefugnis über die Hauptschuld, die nur dem Schuldner zustehen kann, und keine Einrede, und kann deshalb auch dem Bürgen oder Verpfänder nicht zugute kommen. Es hätte nahe gelegen, ihnen eine aufschiebende Einrede

[1]) § 1223 Abs. 2 BGB.
[2]) so Conrades a. a. O.
[3]) Zustimmend Westerkamp S. 408, 191.

nach Analogie des Anfechtungsrechtes zuzubilligen. Denn ebenso wie durch die Anfechtung wird das die Hauptschuld begründende Rechtsgeschäft durch Ausübung des Rücktritts hinfällig. Dies ist aber de lege lata nicht geschehen, und deshalb haben Bürge und Verpfänder von dem Rücktrittsrechte des Hauptschuldners keinen Nutzen.[1]) Ist jedoch der Hauptvertrag durch Rücktritt aufgelöst, so sind die Kontrahenten obligatorisch zu gegenseitiger Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet. Diese Ansprüche entstehen jedoch nicht mehr aus dem durch den Rücktritt aufgelösten Vertrage, sondern sind Ansprüche, die sich als gesetzliche Folgen der Ausübung des Rücktritts ergeben. Nicht in dem die Hauptschuld begründenden Vertrage, sondern in den gesetzlichen Bestimmungen über den Rücktritt (§ 346) finden sie ihren Rechtsgrund. Durch den Wegfall des Hauptvertrages werden Bürge und Pfand frei; sie können zur Befriedigung dieser einem andern Rechtsgrunde entspringenden Ansprüche nicht mehr herangezogen werden. Dasselbe gilt, wenn infolge der Anfechtung des die Hauptschuld begründenden Vertrages Bereicherungsansprüche gegen den Hauptschuldner entstehen.[2])

2. Aufhebung der Hauptschuld aus andern Gründen.

Bei der Frage, welchen Einfluss das Unmöglichwerden der Hauptschuld auf die Bürgschaft ausübt, können nur Speziesschulden in Frage kommen. Auszuscheiden sind die Fälle des § 279 BGB., wo es sich um Gattungsschulden handelt, da die Leistung aus der Gattung stets objektiv möglich ist.

Wird die Erfüllung einer Speziesschuld infolge eines Umstandes unmöglich, den der Hauptschuldner nicht zu vertreten hat, so wird er von seiner Leistung frei; mit seiner Verbindlichkeit erlischt auch die des Bürgen. Hat der Hauptschuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, so bleibt er dagegen auf

---

[1]) So auch die allg. Ansicht, z. B. Oertmann, Anm. 5 z. § 768 BGB.; Matthiass, S. 643; Westerkamp, S. 426.

[2]) So auch RG. i. J. W. 02, Beilage 7, S. 235 und Planck. Bem. 2 c z. § 767 BGB.

Schadensersatz verhaftet. Es fragt sich, ob in diesem Falle das Schuldverhältnis und mit ihm die Hauptschuld auch erlischt, oder ob lediglich sein Inhalt sich ändert, dieses aber an sich dasselbe bleibt. Der Ersatzanspruch wäre nicht entstanden, wenn das Schuldverhältnis nicht vorher eingegangen gewesen wäre, und bildet den Grund sowohl für die eine als für die andere Leistung[1]), so dass man annehmen muss, dass es bestehen bleibt und nur seinen Inhalt ändert. Innerhalb eines Schuldverhältnisses haften aber sowohl Bürge wie Pfand für ein Verschulden des Hauptschuldners und bleiben deshalb auch für den Anspruch auf Schadensersatz verhaftet.[2])

Wie aber gestaltet sich die Haftung des Bürgen, wenn dieser selbst die Erfüllung der Hauptschuld schuldhaft unmöglich macht? Nach den Motiven[3]) sollte diese Frage der Wissenschaft überlassen bleiben. Vorwegzunehmen ist zunächst, dass der Bürge aus zivilrechtlichem Delikt haftet, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die im Eigentum des Hauptschuldners stehende species beschädigt oder zerstört (§ 823 BGB.). Hier erwirkt der Hauptschuldner gegen den Bürgen einen Ersatzanspruch, und da er diesen nach § 281 BGB. dem Gläubiger auf dessen Verlangen abtreten muss, so ist dieser in dem Fall gesichert. Steht die species nicht im Eigentum des Hauptschuldners sondern in dem des Bürgen oder eines Dritten, so hat der Hauptschuldner im Falle der Zerstörung durch den Bürgen keinen Ersatzanspruch, den er dem Gläubiger abtreten könnte. Hat der Bürge jedoch vorsätzlich gehandelt, so würde er nach § 826 BGB. dem Gläubiger direkt zum Ersatze des diesem entstehenden Schadens verpflichtet sein, den er ihm durch seine Handlungsweise vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zugefügt hätte. Hat der Bürge jedoch in letzterem Falle nur fahrlässig gehandelt, so würde er ex delicto nicht zu belangen sein, und auch sonst kann die Haftung ex delicto den Gläubiger nie voll entschädigen, weil hier die Verjährungsfrist

[1]) Planck, § 280 BGB., Anm. 1.

[2]) So die gemeine Meinung: Enneccerus, § 197, Anm. 1; Crome, § 158, 1b; Matthiass, S. 379; Westerkamp, S. 100; Oertmann. Anm. 1 z. § 280 BGB.

[3]) Bd. II, S. 666.

regelmässig kürzer ist wie bei kontraktlichen Ansprüchen, auch die Beweislage hier für den Gläubiger ungünstiger läge, weil er bei ausserkontraktlichem Verschulden des Bürgen dieses zur Begründung seines Anspruchs zu beweisen hätte, während der Bürge das Gegenteil beweisen müsste, wenn der Gläubiger auf Grund des Bürgschaftsvertrages klagen könnte.[1])

Darum fragt es sich, ob der Bürge nicht auch auf Grund des Bürgschaftsvertrages, also ex contractu, zur Haftung herangezogen werden könnte. Nach römischem Recht konnte sich der Bürge nicht darauf berufen, dass der Hauptschuldner durch sein, des Bürgen, Verschulden frei geworden war und blieb, wenn auch nur auf Geldersatz, aus dem Bürgschaftsvertrage verhaftet.[2])

Da der Hauptschuldner frei wird, wenn durch Verschulden des Bürgen die zu leistende species zerstört wird, so entfällt mit seiner Verbindlichkeit auch die Möglichkeit des Einstehens für sie seitens des Bürgen.[3]) Gleichwohl wird in der Litteratur überwiegend die Ansicht vertreten, dass der Bürge sich auf das durch sein Verschulden bewirkte Erlöschen der Hauptverbindlichkeit nicht solle berufen, sondern trotzdem aus dem Bürgschaftsvertrage solle weiter belangt werden dürfen.[4]) Allgemein ist der Gesichtspunkt massgebend, dass der Bürge nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Erfüllung der Verbindlichkeit, für die er die Verpflichtung zum Einstehen übernommen hat, nicht schuldhaft unmöglich machen darf. Westerkamp[5]) meint, man würde beim Fehlen besonderer gesetzlicher Bestimmungen nach dem wichtigsten Hilfsmittel der Interpretation des Willens des Gesetzes, der Analogie, vergebens suchen. Aber es liegt doch nahe, den § 162 BGB. heranzuziehen:

---

[1]) So Dernburg, § 290 I, Abs. 2, Westerkamp, S. 96.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. II, § 82, A. 4; l. 95, § 1, D. 46, 3; l. 88 D, § 45, 1.

[3]) So richtig Westerkamp, S. 100: Die logische Folge des Untergangs der Hauptschuld müsste auch das Erlöschen der Bürgschaft sein.

[4]) So Planck, Bem. 8 z. § 765 BGB.; Dernburg, § 290, 1; Oertmann, Bem. 2a z. § 767 BGB; Matthiass, S. 648; Crome, § 298, 1; Staudinger, Bem. 6b z. § 765 BGB. And. Ans. Kisch, Unmöglichkeit, S. 48, Herms, S. 36.

[5]) S. 103.

„Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt die Bedingung als nicht eingetreten." Es kann der an sich erfolgte Eintritt der Bedingung nicht wieder rückgängig gemacht werden, aber er wird im Wege der Fiktion ignoriert. Die Bedingung soll, der tatsächlichen Sachlage zuwider, als nicht eingetreten gelten. In unserm Falle liegt es ganz ähnlich. Das Erlöschen der Hauptschuld ist die gesetzliche Bedingung für das Erlöschen der Bürgschaft und die Befreiung des Bürgen. Wenn hier auch keine Parteibedingung vorliegt, so steht doch nichts im Wege, das für diese Geltende analog anzuwenden. Bürgschaftsvertrag und -verpflichtung sind durch den Wegfall der Hauptschuld freilich erloschen. Warum sollte man jedoch nicht hier wie dort den Erlöschungsgrund im Wege der Fiktion ignorieren können? Der Bürgschaftsvertrag wird dann zu Ungunsten des Bürgen als weiter bestehend fingiert; dann kann der Bürge auch weiter daraus in Anspruch genommen werden, freilich, der Natur der Sache nach, nicht mehr auf Erfüllung, sondern auf Wertersatz. Hier wie dort ist der Grund derselbe, man soll durch eigene schuldhafte Handlungen keine Vorteile haben. Auch ist dieser Vorgang gerade im Bürgschaftsrecht nicht ohne Beispiel. Wird doch die durch die Zahlung des Bürgen erloschene Hauptschuld als Regressforderung im Wege der Fiktion in seiner Hand aufrecht erhalten. Es bleibt bei dieser Konstruktion auch das Prinzip der Akzessorietät gewahrt, da die fingierte Hauptschuld an die Stelle der ursprünglichen tritt. Nach Vorstehendem ist es also dem Gläubiger unbenommen, wenn er durch Verschulden des Bürgen geschädigt ist, neben den deliktischen Ansprüchen auch die kontraktlichen gegen ihn geltend zu machen.

Dem die Pfandsache zerstörenden oder beschädigenden Verpfänder gegenüber hat der Gläubiger ausser den Deliktsansprüchen noch Ersatzansprüche nach allgemeinen Grundsätzen,[1]) die nach § 1226 BGB. in 6 Monaten verjähren, und weiter die Rechte aus §§ 1217, 1218 BGB.; der Verpfänder ist zwar nicht

[1]) S. Fischer-Henle A 1. z. § 1217 BGB.

Kontrahent eines obligatorischen Vertrages, aber ihm ist in § 1215 BGB. mit dem Pfandbestellungsvertrage die gesetzliche Pflicht zur Verwahrung des Pfandes auferlegt, und er macht sich daher auch kontraktlich schadensersatzpflichtig, wenn er diese Aufbewahrungspflicht durch Verschlechtung der Zerstörung der Pfandsache verletzt.

Ein anderer Fall des Erlöschns der Hauptschuld ohne Beteiligung der Kontrahenten ist die Confusion, die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in einer Hand. Vereinigen sich Hauptschuld und Gläubigerrecht, so erlischt die Hauptschuld, da niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann, und damit auch die Bürgschaft.[1]) Ist die Confusion nur scheinbar, wie im Erbrecht, wenn der Erbe die beschränkte Erbenhaftung noch herbeiführen kann[2]), so tritt sie natürlich mit dieser ausser Kraft; denn hier sind zwei Vermögensmassen in einer Hand vereinigt, die aber wirtschaftlich selbständig bleiben; ebenso auch schon im römischen Recht.[3])

Zu Bedenken hat lediglich der Fall der Vereinigung von Bürgschaft und Hauptschuld, also die Vereinigung zweier Verbindlichkeiten in einer Hand, Anlass gegeben. Im römischen Recht blieb hier die Bürgschaft als plenior fideiussio bestehen.[4]) Die Hauptschuld freilich kann niemals durch Zusammentreffen mit der Verbindlichkeit aus der Bürgschaft zu Grunde gehen; es handelt sich nur um letztere. Entwurf I enthielt eine Bestimmung, nach der in diesem Falle der Confusio die Bürgschaft bestehen bleiben sollte, wenn der Gläubiger daran ein Interesse hatte. Diese Vorschrift ist jedoch in der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen. Doch dürfte sie auch nach heutigem Recht als zutreffend anzusehen sein. Ein besonderes Interesse hat der Gläubiger am Weiterbestehen der Bürgschaft z. B., wenn sie durch Nachbürgen oder Pfänder gesichert ist, die mit dem Erlöschen der Bürgschaft ja auch

---

[1]) So auch Planck Bem. 2 β, Abs. 2 z. § 765 BGB.

[2]) §§ 1976, 1991 BGB.

[3]) l. 50 D, 46 l. Das Gleiche gilt, wenn sich Gläubigerrecht und Bürgenverpflichtung vereinigen, da auch niemand sein eigener Bürge sein kann. Ebenso im römischen Recht l. 21 § 3 D, 46 l.

[4]) Hasenbalg, S. 687.

frei werden würden. Ist das jedoch nicht der Fall, so hat es keinen Sinn, dem Hauptschuldner neben seiner Verpflichtung zur Erfüllung noch eine weitere zum Einstehen für diese Erfüllung aufzuerlegen, so dass hier die Bürgschaft billigerweise erlischt.[1]) Soweit die Bürgschaft nach Obigem durch Vereinigung nicht erloschen ist, kann die Vereinigung wieder ausser Kraft treten, indem ein anderer Bürgschaft oder Hauptschuld übernimmt. Dann stellen sich die alten Verhältnisse wieder her.

Vereinigt sich eine Schuld, für die ein Pfand bestellt ist, mit dem Gläubigerrecht, so erlischt die Forderung und damit das Pfandrecht; denn der Gläubiger kann sich für eine Forderung gegen sich selbst nicht aus dem einem Dritten gehörigen Pfande befriedigen. Die Forderung müsste dann auf den Eigentümer des Pfandes übergehen, dieser könnte sie gegen den Pfandgläubiger geltend machen, der infolge der confusio auch persönlicher Schuldner wäre und infolgedessen als solcher herausgeben müsste, was er als Pfandgläubiger eingenommen hätte.

Bei Vereinigung von Schuld und Pfandrecht bleiben beide bestehen. Es gilt dann, als hätte der persönliche Schuldner ein Pfandrecht an seiner Sache bestellt.[2])

[1]) So auch die herrschende Meinung Dernburg § 290 II; Matthiass S. 648; Oertmann, Bem. 2 b z. § 767 BGB., And. Ans. Westerkamp S. 115; Planck Anm. 8 β, z. § 765 BGB., die die Bürgschaft in allen Fällen selbständig weiter bestehen lassen wollen. Doch da der Hauptschuldner die angeblich selbständige Bürgschaftsschuld garnicht selbständig erfüllen kann — denn durch seine Leistung erfüllt er immer die Hauptschuld und nicht die Bürgschaft —, so kann man hier wohl annehmen, dass die Bürgschaft wegen objektiver Erfüllungsunmöglichkeit erlischt. Bei freiwilliger Uebernahme der Bürgschaft durch den Hauptschuldner oder umgekehrt, will Westerkamp S. 116 ebenso entscheiden wie wir; bei der Vereinigung durch Erbgang aber will er die Bürgschaft aufrecht erhalten, weil der Erbe die wirtschaftlichen Werte beider Vermögen in seiner Hand vereinigt, obwohl durch Uebernahme Bürgschaft und Pfandrecht nach § 418 BGB. erlöschen würden. Was aber der Gläubiger davon haben sollte, in letzterem Falle, wo sogar das doppelte Vermögen in einer Hand liegt, zwei Rechtstitel gegen den Hauptschuldner zu haben, ist nicht recht einzusehen. Auch ist noch fraglich, ob die rechtsgeschäftliche Uebernahme der Bürgschaft durch den Hauptschuldner überhaupt zulässig ist oder nicht wenigstens nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig macht.

[2]) Vereinigen sich Gläubigerrecht und Pfandrecht s. § 1256 BGB.

Für das römische Recht gilt, wenigstens für den ersten Fall, dasselbe.[1])

§ 4.

Gegenstand und Umfang der Hauptschuld.

Nach römischem Recht ging die fideiussio auf genau dasselbe wie die Hauptschuld. Eine Bürgschaft in aliam rem und sub duriore conditione war nichtig.[2]) Wenn freilich der Bürge auch dasselbe schuldete wie der Hauptschuldner, so brauchte er doch nicht gerade mit diesem zu erfüllen. Es genügte, wenn er den Gläubiger überhaupt irgendwie befriedigte, in erster Linie also durch den Geldwert der geschuldeten Leistung, was ja bei höchstpersönlichen Hauptschulden das einzig Mögliche ist.[3])

Nach bürgerlichem Recht schuldet der Bürge den Gegenstand der Hauptschuld zunächst überhaupt nicht, sondern sichert nur deren Erfüllung durch den Hauptschuldner. Diese Sicherung kann nur in der Weise geschehen, dass der Bürge dem Gläubiger sein Vermögen zur Verfügung stellt, so dass sich dieser entweder für die Hauptschuld direkt oder durch Interesse- oder Ersatzleistung befriedigt. Die Form der Befriedigung ist verschieden, je nach der Art der vom Hauptschuldner geschuldeten Leistung.

Alle Leistungen zerfallen in zwei grosse Gruppen, vertretbare und unvertretbare, je nachdem sie von der Person des Leistenden unabhängig sind und lediglich einen Vermögenswert haben, oder je nachdem die Mitwirkung gerade einer bestimmten Person das für diese Leistung Begriffswesentliche ist, und ihr Vermögenswert, sofern er überhaupt vorhanden ist, hinter dem persönlichen Moment zurücktritt. Es ist ohne weiteres klar, dass der Bürge nur für die erste Gruppe, die vertretbaren Leistungen, direkt durch Erfüllung einstehen kann. Hier kann die Leistung ausser vom Hauptschuldner von jedem Dritten erbracht werden, und dem Gläubiger wird es in der Regel gleichgiltig sein, wer sie erbringt, wenn er sie

[1]) s. Dernburg, Pandekten, § 291, No. 3; l. 20, § 1 D, 42,2.
[2]) Hasenbalg, S. 160 ff., S. 179 ff.
[3]) Hasenbalg, S. 163; Girtanner, S. 63 am Ende.

nur überhaupt erhält. Vertretbare Leistungen gehen immer auf ein Tun. Ein Unterlassen hat für den Gläubiger stets nur Wert, wenn es von einer bestimmten Person oder einer begrenzten Gruppe von solchen beachtet wird und erhält schon dadurch einen höchstpersönlichen Charakter. Ebenso hat eine vertretbare Leistung stets auch einen Vermögenswert. Denn da jede Leistung entweder ein persönliches oder ein Vermögensinteresse auf Seiten des Gläubigers fordert — beide können auch zusammentreffen —, so muss bei der Leistung ohne Vermögenswert stets wenigstens ein persönliches Interesse des Gläubigers vorwalten, sonst wäre es eben keine Leistung; eine Leistung ohne jedes Interesse des Gläubigers ist nicht denkbar. Infolgedessen kann eine Leistung ohne Vermögenswert niemals eine vertretbare sein, oder anders: Eine vertretbare Leistung muss stets einen Vermögenswert haben, da dieser ja gerade das ist, was vertreten werden kann.

Was nun im Einzelnen den jeweiligen Inhalt der vertretbaren Leistung bildet, ist für die Verpflichtung des Bürgen gleichgiltig. Die Arten vertretbarer Leistungen können sein: Leistungen vertretbarer Sachen, vertretbarer Handlungen oder eine Vereinigung von beiden.

Der gewöhnlichste und im Leben wohl häufigste Fall von Leistungsverpflichtungen vertretbarer Sachen, sind Geldschulden. Hier liegen die Verhältnisse am Einfachsten. Der Bürge kann seiner Verpflichtung zum Einstehen von vorneherein durch eigene Erfüllung genügen, und der Gläubiger kann von vorneherein so gut wie vom Hauptschuldner auch vom Bürgen die Erfüllung verlangen, wenn die Hauptschuld fällig ist und dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zusteht.[1]) Auch in den andern Fällen von Leistungen vertretbarer Sachen, z. B. Getreide, Kartoffeln, Kohlen u. a. m., ist der Bürge von vorneherein zur Leistung in der Lage, da sich alle diese Ansprüche lediglich gegen das Vermögen des Hauptschuldners richten.

---

[1]) s. Westerkamp, S. 171: Sobald der Hauptschuldner eine vertretbare Leistung schuldet, kann der Gläubiger in jedem Zeitpunkte seiner Berechtigung genau die inhaltlich gleiche Leistung vom Hauptschuldner und vom Bürgen fordern.

Ist eine Handlung Gegenstand der Hauptverbindlichkeit, so ist sie vertretbar dann, wenn sie von einem Andern ebenso gut wie vom Hauptschuldner vorgenommen werden kann, dieser gewissermassen nur zwischen den Gläubiger und die Handlung eingeschoben ist, damit der Gläubiger ein Objekt hat, gegen das er die Vollstreckung durchzuführen in der Lage ist. Hier richtet sich der Zwang der dem Gläubiger zur Verfügung stehenden staatlichen Machtmittel nie gegen die Person, sondern stets nur gegen das Vermögen des Hauptschuldners. Der Gläubiger kann die Handlung von Andern vornehmen und die Kosten dieser Vornahme aus dem Vermögen des Hauptschuldners beitreiben lassen. Für die Erfüllung von Hauptschulden, die eine derartige Handlung zum Inhalt haben, kann auch der Bürge direkt haften, denn er kann die Handlung selbst vornehmen oder auf seine Kosten für die Vornahme sorgen.

Hierbei ist es gleichgiltig, ob die Handlung die Herstellung eines tatsächlichen Erfolges, z. B. der Hauptschuldner hat sich zur Leistung persönlicher Dienste, die aber auch von Andern geleistet werden können, verpflichtet oder er hat die Herstellung vertretbarer Sachen übernommen — oder einer rechtlichen — der Hauptschuldner hat sich verpflichtet, dem Gläubiger das Eigentum an einem Grundstück zu verschaffen — bezweckt. Erforderlich ist aber stets, dass die Vornahme der betreffenden Handlungen lediglich durch Vermögenshingabe sich erreichen lässt. Da dieses dem Bürgen ebensogut wie dem Hauptschuldner möglich ist, so haftet er auch hier von vorneherein auf Erfüllung der Hauptschuld, und der Gläubiger kann gegen ihn ebenso wie gegen den Hauptschuldner von vorneherein vorgehen.

Anders gestalten sich jedoch die Verhältnisse, sobald eine unvertretbare Leistung den Gegenstand der Hauptschuld bildet. Auch hier ist zwischen unvertretbaren Leistungen und Handlungen zu unterscheiden. Handelt es sich um die Leistung einer unvertretbaren Sache, einer species, so ist zu dieser Leistung zunächst der Hauptschuldner verpflichtet. Wie er sie sich verschafft, ob er sie im Besitz hat oder sich erst besorgen muss, ist seine Sache. Lediglich subjektive Unmöglichkeit — Gegenstand

des Vertrages ist ein Gemälde, das der Eigentümer dem Hauptschuldner nicht verkaufen will — hat der Hauptschuldner zu vertreten, sodass er dem Gläubiger den Schaden ersetzen muss (§ 275 BGB.). Sobald die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner in eine Interesseforderung übergegangen, ist — etwa nach §§ 283 oder 326 BGB. —, kann der Gläubiger auch gegen den Bürgen vorgehen. Es fragt sich jedoch, ob der Gläubiger in diesen Fällen erst die Umwandlung der Forderung auf die species in eine Interesseforderung abwarten, bezw. in die Wege leiten muss, ehe er sich an den Bürgen halten kann. Dieser schuldet die Erfüllung selber zweifellos nicht, er soll nur dafür einstehen, also sein Vermögen dafür einsetzen, dass dem Gläubiger das wird, was er vom Hauptschuldner fordern kann; und ist der Bürge, anders als der Gläubiger, in der Lage, die betreffende species zu leisten — ihm will der Eigentümer das Bild vielleicht verkaufen —, so muss er seinerseits auch die erforderlichen Schritte tun, denn sein Einstehen ist am Vollkommensten, wenn er dem Gläubiger die species gewährt, die dieser zu fordern hat, und nicht bloss das Interesse. Da der Bürge nur mit seinem Vermögen einstehen kann, so findet seine Verpflichtung da ihre Grenze, wo dieses nicht mehr ausreicht. Reicht es aber aus, so genügt es nicht, wenn er dem Gläubiger nur die der zu leistenden Sache äquivalenten Geldwerte zur Verfügung stellt; er muss vielmehr zugunsten des Gläubigers mit diesen Werten selber tätig werden, soweit es ihm möglich ist, zwecks unmittelbarer Befriedigung desselben.[1])

Ist Gegenstand der Hauptverbindlichkeit eine Handlung, die nur der Hauptschuldner allein vornehmen kann, so ist hier ein eigenes Tätigwerden seitens der Bürgen nutzlos und kann deshalb auch von ihm nicht gefordert werden. Mag er im Interesse des Gläubigers dem Hauptschuldner gegenüber tätig werden, soviel er will, er wird doch dadurch seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger nicht ledig. Denn hier ist die Leistung nicht vom Vermögen, sondern vom Willen des Hauptschuldners abhängig, und an diesem Willen bricht sich die Tätigkeit des Bürgen.

[1]) so auch Westerkamp, S. 168—69.

Es ist auch hier einerlei, ob durch die Handlung ein tatsächlicher Erfolg — der Hauptschuldner soll z. B. ein Kunstwerk schaffen, eine Auskunft erteilen, eine Urkunde vorlegen u. a. m. — oder ein rechtlicher — eine rechtswirksame Erklärung abgeben, eine Vormundschaft übernehmen, zu deren Uebernahme er vom Vormundschaftsgerichte nicht angehalten werden kann u. a. m. — hergestellt werden soll. Hier kann der Bürge seiner Verpflichtung zum Einstehen erst gerecht werden, wenn die Forderung auf eine unvertretbare Handlung in eine Interesseforderung übergeleitet ist. Eine Verurteilung des Bürgen zu einer der angeführten Handlungen ist unmöglich, und wäre sie möglich, so wäre dem Gläubiger damit nicht gedient, denn sein Interesse ist hier, dass gerade der Hauptschuldner die Handlung vornimmt und kein Anderer.

Ist auch eine Bürgschaft möglich für Forderungen, die überhaupt keinen Vermögenswert haben? Wie oben S. 63 dargelegt, müssen Forderungen ohne Vermögenswert stets einen höchstpersönlichen Charakter haben und daher unvertretbar sein, da das Wesen der Vertretbarkeit in dem Vermögenswert der Leistung beruht. Auch auf Leistung einer species, die der Hauptschuldner schaffen soll, können sie nicht gehen, da diese wie jede andere Sache einen Vermögenswert hat. Es bleibt also als Inhalt für die Forderung ohne Vermögenswert nur eine bestimmte Gruppe höchstpersönlicher Handlungen des Hauptschuldners übrig, z. B. der Hauptschuldner hat sich verpflichtet, dem Gläubiger in seiner Wohnung täglich zu seinem Vergnügen Klavier vorzuspielen. Wenn der Hauptschuldner dieser Verpflichtung nicht nachkommt, wie soll der Bürge für ihre Erfüllung einstehen? Der Hauptschuldner kann nach § 888 C. P. O. durch Geldstrafen und Zwangshaft zur Erfüllung angehalten werden, der Bürge nicht. Eine Ueberleitung in eine Interesseforderung ist hier dem Gläubiger nicht möglich, denn er kann keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen, weil er keinen Schaden hat. Denn Schaden bedeutet die Einbusse von Vermögensvorteilen, und die stehen hier nicht zur Frage. Der einzige Vorteil, den der Gläubiger aus der Bürgschaft zu ziehen imstande wäre, könnte höchstens der sein, dass er vom Bürgen die Kosten

der Rechtsverfolgung, für die der Bürge nach § 767, Abs. 2 BGB. ja haftet, beitreiben könnte. Aber diese Haftung läuft neben der eigentlichen Haftung aus dem Bürgschaftsvertrage nebenher und ist eigentlich auch nur insoweit begründet, als der Hauptschuldner durch eigenes Verschulden das Anwachsen solcher Kosten veranlasst hat. Lediglich der Vereinfachung des Gesetzes halber[1]) sind sie dem Bürgen ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Hauptschuldners auferlegt worden. Immer aber ist festzuhalten, dass die Haftung für sie nur eine Akzidenz der Hauptverpflichtung ist. U. E. geht es nun nicht an, diese Nebenverpflichtung zur Hauptverpflichtung zu machen und die Haftung für die Kosten der in unserm Fall völlig inhaltlosen Hauptverpflichtung als Inhalt zu geben. Sie muss immer Nebenverpflichtung bleiben, weil sie als Akzessorium der Hauptschuld gedacht ist und kann nicht an deren Stelle rücken. Deshalb erscheint uns eine Bürgschaft für Forderungen ohne jeden Vermögenswert unmöglich.[2])

Es geht zweifellos zu weit, wenn Endemann (§ 191, 1a) sagt: „Die Bürgschaft kann für alle Arten von Schuldverpflichtungen übernommen werden, soweit deren Erfüllung durch einen Dritten zulässig ist oder an die Stelle der persönlichen Leistungsbewirkung ein Anspruch auf Geld tritt", und wir treten gern der herrschenden Meinung, Bürgschaften können für Verpflichtungen aller Art, nicht bloss für Geldschulden, übernommen werden[3]), bei, nur die Einschränkung müssen wir machen, es muss dem Bürgen möglich sein durch Zurverfügungstellen seines Vermögens seiner Verpflichtung, für die Erfüllung der Hauptschuld einzustehen, genügen zu können. Seine Leistung soll eine Art Ersatzleistung für die vom Hauptschuldner nicht bewirkte Hauptleistung sein, und

[1]) Motive II, S. 665.

[2]) And. Ans. Westerkamp, S. 155, aus dem bekämpften Grunde. Zustimmend Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht a. a. O. S. 166, der die Leistung des Bürgen freilich als Schadensersatzleistung auffasst: „Bürgschaft für Forderungen ohne Vermögenswert ist unmöglich, da bei Nichterfüllung der Bürge ebensowenig einen Schaden in Geld ersetzen kann wie der Hauptschuldner."

[3]) So Planck, Anm. 7 z. § 765 BGB.: Dernburg, § 285, 1· Oertmann, Vorbemerkung 3, S. 834.

diese ist ihm schliesslich nur dann möglich, wenn die Hauptschuld ein geldwertes Aequivalent, einen Vermögenswert, hat. —

Eine besondere Form der Ansprüche höchstpersönlicher Natur ist der Anspruch auf ein Unterlassen; der Hauptschuldner verpflichtet sich, bestimmte Handlungen nicht vorzunehmen. Ob der Inhalt eines solchen Schuldverhältnisses die Verpflichtung zu einer negativen Leistung ist[1]) oder nur die obligatorische Sicherung des Nichttuns des Schuldners[2]) ist hier gleichgiltig. Denn mag in dem einen wie in dem andern Falle eine Einwirkung auf den Willen des Hauptschuldners stattfinden, sodass er die fraglichen Handlungen unterlässt, oder mag die Unterlassung unabhängig vom Willen des Hauptschuldners erfolgen, der Bürge ist niemals in der Lage, auf den Willen des Hauptschuldners einzuwirken und so die Unterlassung herbeizuführen. Von andern Obligationen unterscheidet sich die auf ein Unterlassen gerichtete dadurch, dass sie eine Zustandsobligation ist. Sie kann nicht wie die auf ein Tun gerichtete mit einem Male, sondern sie muss dauernd erfüllt werden, indem durch das Verhalten des Schuldners dauernd der der Obligation entsprechende Zustand, sei es unter Mitwirkung seines Willens oder unabhängig davon, hergestellt wird. Erst durch die Zuwiderhandlung wird der erfüllungsgemässe Zustand durchbrochen, und nun kommt der Bürge in die Lage, seiner Einstehungsverpflichtung zu genügen, indem er dem Gläubiger die Mittel bietet, den obligationswidrigen Zustand zu beseitigen, dadurch, dass er ihm das Interesse an der Erfüllung ersetzt oder die etwa verfallene Vertragsstrafe, durch die der Schade auf eine bestimmte Höhe normiert ist, entrichtet. Hier zeigt es sich deutlich, dass die Verpflichtung des Bürgen einen andern Inhalt als die Erfüllung der Hauptschuld hat. Wäre der Inhalt beider identisch, so müsste das Hauptschuldverhältnis durch die Leistung des Bürgen erlöschen. Das geschieht hier aber nicht; denn ist die Zuwiderhandlung derart, dass der erfüllungsgemässe Zustand nicht wieder hergestellt werden kann, so ist die Erfüllung unmöglich geworden und infolgedessen,

[1]) s. Kretschmar: Die Erfüllung, S. 140.
[2]) Endemann, § 97, Anm. 22.

nicht durch die Leistung des Bürgen, die Hauptschuld erloschen. Kann dieser Zustand aber wiederhergestellt werden, so besteht die Hauptschuld weiter, und der Bürge hat nur die durch Verschulden des Hauptschuldners entstandene Erweiterung beseitigt, so dass hier durch sein Einstehen die Hauptschuld gerade nicht getilgt, sondern in der alten Weise von Bestand gelassen wird. Wenn Dernburg[1]) meint, dass der aus der Zuwiderhandlung sich ergebende Anspruch auf Schadensersatz verbürgt wird, so können wir dem nicht beistimmen. Freilich tritt die Bürgschaft erst in Aktion, wenn der Hauptschuldner zuwiderhandelt; nach Dernburg läge dann eine bedingte Forderung vor. Das entspricht aber der tatsächlichen Lage nicht; der Anspruch, auf das Unterlassen nämlich, ist viel eher da, aber der Bürge kommt nicht zum Einstehen, weil hierfür kein Grund vorliegt, solange das Verhalten des Hauptschuldners obligationsgemäss ist.

Nach römischem Recht schuldete der Bürge denselben Gegenstand wie der Hauptschuldner, und dieser Gegenstand musste fest bestimmt sein.[2]) Das heutige Recht ist freier. Der Entwurf I enthielt noch eine Bestimmung, nach der eine genaue Fixierung der zu sichernden Forderung nötig war. Die zweite Kommission hat diese gestrichen, und es unterliegt heute keinem Bedenken, Bürgschaft und auch Pfandrecht für eine nicht genau bestimmte Forderung zuzulassen. Freilich darf diese nicht völlig in der Luft schweben, sie muss, wenn vielleicht auch erst durch zukünftige Ereignisse, bestimmbar sein. So ist Bürgschaftsübernahme z. B. zulässig bei Schadensersatzforderungen, wo die Höhe des Schadens noch nicht feststeht, oder für Ansprüche, die sich aus einer bestimmten Geschäftsverbindung ergeben, nicht aber u. E. z. B. für alle Forderungen generell, die einmal gegen den Hauptschuldner entstehen könnten. Denn hier ist weder Anzahl noch Höhe bestimmbar, da der Schuldner von mancher Forderung nicht einmal vielleicht selber etwas weiss. Auch, weil der Umfang der Forderung in die Bürgschaftsurkunde aufgenommen werden muss, muss er zum mindesten be-

---

[1]) § 285,1.
[2]) Hasenbalg, S. 160 f.

stimmbar sein.[1]) Ein Hauptfall einer unbestimmten, aber doch bestimmbaren Forderung ist die im Streit befangene. —

Bei Bürgschaft sowohl wie beim Pfandrecht braucht sich die Haftung des Bürgen wie des Pfandes mit der des Hauptschuldners nicht zu decken. Im römischen Recht war eine schärfere Haftung des Bürgen als des Hauptschuldners ausgeschlossen und machte, wenn ausbedungen, die Bürgschaft nicht nur bezüglich des Uebermasses, sondern überhaupt nichtig.[2]) Nach dem Entwurf I sollte seine Haftung nur bezüglich des Uebermasses nichtig sein. Diese Bestimmung ist später als überflüssig gestrichen; es wird aber aus dem das Bürgschafts- und Pfandrecht beherrschenden Grundsatz der strengen Akzessorietät heraus auch nach heutigem Rechte ebenso zu entscheiden sein.[3]) Auch steht nichts im Wege, die Haftung des Bürgen und des Pfandes auf einen bestimmten Höchstbetrag, einen Teilbetrag der Hauptschuld, zu beschränken.[4]) Für das Schiffspfandrecht ist das in § 1271 BGB. besonders ausgesprochen; der Höchstbetrag ist dann ins Schiffsregister einzutragen. Mangels anderer Bestimmungen wird man dies auch für andere Pfänder annehmen dürfen. Ob die Forderung teilbar ist oder nicht, ist für die Beschränkung der Bürgschaft auf einen Höchstbetrag ohne Einfluss; denn die Haftung wird nicht als auf einen Teil der Forderung beschränkt anzusehen sein, vielmehr haftet der Bürge für die ganze Forderung, aber nur bis zur Höhe des übernommenen Haftungsbetrages.[5]) Letzterer braucht freilich nicht gerade zahlenmässig bestimmt zu sein; z. B. bei der Schadlos- oder Ausfallbürgschaft hat der Bürge für den Teil der Forderung einzustehen, den der Hauptschuldner nicht zu erfüllen in der Lage ist, und dessen Höhe sich nach den jeweiligen Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners richtet.

---

[1]) s. Eccius Kommentar z. Preuss. Privatr., Bd. II, § 144, N. 14; RG. 57, S. 260.

[2]) Hasenbalg, S. 179 ff.

[3]) And. Ans. Bendix Jur. Wochenschr. 06, S. 589. Zustimmend die herrschende Meinung, Planck, Anm. 9, z. § 765 BGB.; Westerkamp, S. 128.

[4]) So auch Endemann § 195 Anm. 3.

[5]) So Planck, Anm. 6 z. § 767 BGB.

Möglich ist freilich auch eine Bürgschaftsübernahme oder Pfandbestellung für einen bestimmten, fest abgegrenzten Teil der Forderung, und dann bedeutet die Haftung keine Haftung für die ganze Forderung in Höhe jenes Teilbetrages, sondern es dauert hier bis zur Tilgung des betreffenden Teiles die volle Haftung fort und bei Erlöschen anderer Teilforderungen kann nicht entsprechende Herabsetzung der Haftung des Bürgen oder teilweise Befreiung des Pfandes verlangt werden. Wird jedoch die betreffende Teilforderung teilweise getilgt, so fällt, wie stets, die Haftung von Bürgen und Pfand, als durch Erfüllung gegenstandslos geworden, fort. Hier ist bei dieser Form der Haftungsbeschränkung Teilbarkeit der Hauptschuld Voraussetzung.

Die Frage nach dem allgemeinen Inhalt der durch Pfand sicherbaren Forderungen ist leichter zu beantworten als bezüglich der bürgschaftlichen Sicherung. Aus § 1204 BGB. erhellt, dass auch andere als Geldforderungen durch Pfänder versichert werden können. Dasselbe galt bereits im römischen Recht.[1]) Die Verwertbarkeit des Pfandrechts wird allerdings an eine Bedingung geknüpft: Besteht die gesicherte Forderung nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist.[2]) Hierunter fallen alle vermögenswerten Forderungen, da sie sich in ein Geldäquivalent, sei es als Schadensersatz oder als Interesseforderung, umsetzen können, in erster Linie also Forderungen auf vertretbare Gegenstände und vertretbare Handlungen[3]); Forderungen mit unvertretbarem Inhalt können einen Vermögenswert haben, z. B., wenn eine species zu leisten ist oder eine nur vom Hauptschuldner vornehmbare Handlung, die für den Gläubiger einen Vermögenswert hat. Alle diese Forderungen lassen sich in Geldforderungen überleiten, sei es, dass der Gläubiger den Hauptschuldner in Verzug setzt und nach § 286 BGB. oder nach § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Ablehnung der Hauptschuld verlangt oder dies

---

[1]) Dernburg, Pandekten § 274; l. 9, § 1 D, 13,7.
[2]) § 1228, Abs. 2. BGB.
[3]) s. oben S. 63 ff.

nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners nach § 283 BGB. tut.

Bei Forderungen ohne Vermögenswert ist eine Ueberleitung in eine Geldforderung mit daraus hervorgehender Pfandverwertung freilich nicht möglich. Wenn aber Siber[1]) meint, in diesen Fällen sei das Pfandrecht für Nichtgeldforderungen wegen der mangelnden Verwertbarbeit des Pfandrechts blosser Schein, so ist das u. E. nicht zutreffend. Der Gläubiger kann zwar das Pfand nicht direkt zur Befriedigung seiner Forderung verwenden, aber doch zur Deckung der ihm durch die Rechtsverfolgung erwachsenden Kosten oder zur Deckung einer durch das Verhalten des Schuldners fällig gewordenen Vertragsstrafe.[2]) Schliesslich bedeutet doch auch der Besitz der Pfandsache in der Hand des Gläubigers und dessen dadurch für den Schuldner bewirkte Entziehung einen zwar indirekten, aber doch immerhin nicht unwirksamen Druck, wenigstens, wenn der Schuldner Eigentümer der Pfandsache ist.

§ 5.

Erweiterungen und Minderungen der Hauptschuld.

Aendert sich der Umfang der bürgschaftlichen bezw. der Pfandhaftung, so werden die Sicherungen in ihrer Giltigkeit davon im Allgemeinen nicht berührt, denn für den Umfang der Haftung des Bürgen wie des Pfandes ist der jeweilige Bestand der Hauptschuld massgebend.[3]) Sind die Aenderungen, etwa von Leistungszeit oder Ort, bereits vor Uebernahme der Bürgschaft oder der Bestellung des Pfandes erfolgt, so müssen sie in die Haftung mit einbegriffen werden, ohne Rücksicht darauf, ob Bürge oder Verpfänder die erfolgten Aenderungen gekannt haben, denn die Haftung bezieht sich auf die Hauptschuld,

---

[1]) Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht a. a. O. S. 153.

[2]) Dass hier anders zu entscheiden ist wie bei der Bürgschaft beruht darauf, dass beim Pfandrecht nur überhaupt eine Forderung verlangt wird, und es hier einerlei ist, welchen Inhalt diese hat, da die persönliche Richtung auf den Hauptschuldner, die der Bürgschaft wesentlich ist, fehlt.

[3]) §§ 767, 1210 BGB.

wie sie zur Zeit des Sicherungsvertrages bestand. Die mangelnde Kenntnis kann dem Bürgen oder Verpfänder vielleicht einen Anfechtungsgrund wegen Irrtums oder Täuschung geben, nie aber seine Haftung direkt beeinflussen.[1])

Derartige Aenderungen können Erweiterungen oder Minderungen sein, wobei jede Aenderung, die sich nicht deutlich als Minderung darstellt, als Erweiterung aufzufassen sein wird, z. B. die Vereinbarung eines andern Leistungsortes. Bei den Erweiterungen ist zu unterscheiden zwischen rechtsgeschäftlichen seitens des Schuldners und anderen.

Um letztere vorweg zu nehmen, so können sie verursacht sein durch vom Verschulden des Hauptschuldners unabhängige Umstände oder durch sein Verschulden. Zu den ersteren gehört z. B. Untergang der geschuldeten Sache, wenn der Hauptschuldner die Gefahr trägt, durch Zufall. Hier tritt gegebenenfalls eine möglicherweise höhere Schadensersatzforderung an die Stelle der Hauptschuld, und hierfür müssen auch Bürge und Pfand haften, da nur der Bestand der Hauptverbindlichkeit sich ändert.[2]) Gewöhnlich ändert sich dieser jedoch durch schuldhaftes Verhalten des Hauptschuldners, und dass Bürge und Verpfänder hierfür eintreten, entspricht dem inneren Wesen wenigstens der Bürgschaft. Denn der Bürge steht ja für die Erfüllung durch den Hauptschuldner ein, also gerade dafür, dass dieser nichts tut, was die Erfüllung der Hauptschuld verzögert oder vereitelt, sei es ohne, sei es durch Verschulden, und im letzteren Falle erst recht.[3]) Kommt der Hauptschuldner in Verzug, so wird nach §§ 284 BGB. ff. teils seine Verpflichtung erweitert durch die in Lauf gesetzten Verzugszinsen (§ 284 BGB.) und die Verpflichtung zum Ersatze des dem Gläubiger durch den Verzug entstehenden Schadens (§ 286 BGB.), teils durch die Steigerung der Haftung für jede Fahrlässigkeit und für durch Zufall eintretende Unmöglich-

---

[1]) And. Ans. Planck, Anm. 2 a z. § 765 BGB., der durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages entscheiden will, ob der Bürge die Bürgschaft für die Hauptschuld nur in ihrem ursprünglichen Betrag oder in dem vergrösserten Umfang übernommen hat.

[2]) s. Planck, Anm. 2b z. § 767 BGB.

[3]) So auch Oertmann, Bem. d. Abs. 1 z. § 767 BGB.

keit (§ 287 BGB.). Auch kann der Gläubiger im Falle des Verzuges leicht eine Ueberleitung der Hauptschuld in eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung herbeiführen, die viel höher sein kann, als die ursprüngliche Hauptschuld.

Beim Pfandrecht ist die Haftung für Verzug und Verschulden nicht besonders miterwähnt, weil die Kommission eine solche für selbstverständlich hielt. Eine einzelne Ausnahme besteht beim Schiffspfandrecht. Nach § 1264 beschränkt sich die Haftuug auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach dem eingetragenen Zinssatz. Es findet hier also eine Erweiterung weder durch Verzug noch durch Verschulden statt. Aus dieser Ausnahme lässt sich e contrario schliessen, dass sonst die Haftung des Pfandes für Verzug und Verschulden die Regel sein soll. —

Durch nachträgliche rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Hauptschuld jedoch kann die Haftung von Bürgen und Drittverpfänder nicht gesteigert werden.[1]) Derartige Erweiterungen sind z. B. längere Stundung einer kurzfristigen Forderung[2]), eine Verpflichtungsübernahme zur Zinszahlung oder zur höheren Zinszahlung, eine Aenderung des Erfüllungsortes, ein Anerkenntnis und dergl. mehr.

Bedeutet das nachträgliche Rechtsgeschäft jedoch keine Erschwerung, so würde es gegen Treu und Glauben verstossen, wenn Bürge und Verpfänder dessen Wirkung für sich ablehnten, z. B. nachträgliche Aenderung der Zahlungstermine.[3]) „Auch dürfen Bürge und Verpfänder der Haftung für Leistungen, zu denen der Hauptschuldner schon nach dem von der Bürgschaft oder dem Pfandrecht umfassten Vertrage verpflichtet gewesen wäre, nicht allein schon deshalb sich versagen, weil sie zum Gegenstande eines nachträglich zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgeschlossenen zweiten Vertrages gemacht sind und infolgedessen von dem Hauptschuldner nun auf Grund dieses zweiten Vertrages geschuldet

---

[1]) §§ 767 BGB., Abs. 2, Satz 2; § 1210 BGB., Abs. 1, Satz 2.
[2]) Dernburg, § 286, Anm. 6; Entsch. d. O.-L.-G. Breslau vom 16. 3. 03 in Rechtspr. d. O.-L.-G., Bd. VI, S. 450.
[3]) So R. G. 59, S. 229.

werden“ [1]); z. B., wenn bestimmt wird, dass eine auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung geschuldete Forderung nunmehr als Darlehen geschuldet werden solle; denn die Forderung bleibt dieselbe, es ändert sich nur ihre rechtliche Bewertung. Freilich darf diese für Bürgen und Verpfänder keine Nachteile im Gefolge haben, wie längere Verjährungszeit u. dergl.

Kündigung, Nichtausübung eines Wahlrechts, Verzicht auf ein Anfechtungsrecht, Nichtgeltendmachung von Gewährleistungsansprüchen oder Rücktrittsrechten sind besondere, dem Hauptschuldner zustehende Dispositionsbefugnisse, die von der Hauptschuld als solcher unabhängig sind und das Interesse von Bürgen und Verpfänder nicht berühren, infolgedessen ihre Haftung auch nicht erweitern können. Wenn z. B. bei der Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners dieser die grössere Leistung wählt, so ist diese doch schon vorher von der Hauptobligation alternativ mit umfasst; Bürge und Verpfänder mussten mit dieser vergrösserten Haftung von vorneherein rechnen und sind daher durch Vornahme der Wahl auch in ihren Interessen nicht geschädigt.[2])

Minderungen durch nachträgliche Rechtsgeschäfte wirken zu Gunsten von Bürgen und Verpfänder, wenn diese sich darauf berufen, z. B. Erlass, Vergleich. Allerdings müssen sie sie denn auch in ihrem ganzen Umfange gegen sich gelten lassen, auch wenn sie in einzelnen Beziehungen für sie lästiger sind, z. B. teilweiser Erlass bei sofortiger Fälligkeit des Restes, vergleichsweise Abfindung u. a. Eine gegenteilige innere Absicht müsste als Mentalreservation ohne Wirkung bleiben.[3])

§ 6.

Gläubiger und Schuldner der Hauptschuld.

Bei zukünftigen Forderungen, wo überhaupt noch nicht feststeht, ob eine Forderung zur Entstehung

---

[1]) So R. S. 53, S. 356; auch Planck, Anm. 3. Abs. 2 z. § 767 BGB.

[2]) Aehnlich auch Dernburg, § 286, I 2; Planck, Anm. 3, Abs. 3 z. § 767 BGB.

[3]) Siehe Oertmann, Bem. e, Abs. 2 z. § 767 BGB.

kommen wird, kann eine Bürgschaft und ein Pfandrecht bestellt werden[1]), und zwar geschieht das durch Vertrag mit dem für die zukünftige Forderung in Aussicht genommenen Gläubiger. Ist nun dieser noch nicht vorhanden, wohl aber die Forderung, ist es auch dann möglich, eine Sicherung zu begründen, m. a. W., ist ein bestimmter Gläubiger der Hauptschuld erforderlich? Ist dieser Gläubiger zwar vorhanden, aber unbekannt — der bisherige Gläubiger ist gestorben, die Erben sind nicht zu ermitteln —, so lässt sich hier sehr leicht eine Sicherung begründen. Denn nach § 1913 kann dem unbekannten Beteiligten für diese Angelegenheit ein Pfleger bestellt werden, und dieser wäre dann zum Abschluss des Bürgschaftsvertrages oder des Pfandbestellungsvertrages legitimiert. Dasselbe gilt, wenn für einen nondum conceptus eine Forderung begründet ist. Dieser wird für die Fälle, in denen das Gesetz die Begründung von Rechten für ihn zulässt[2]), als vorhandenes Rechtssubjekt fingiert. Es kann für ihn ein Pfleger bestellt werden[3]), der seine Rechte ausübt und auch einen Sicherungsvertrag zu Gunsten seiner Forderungen abschliessen kann. Ebenso liegt es, wenn zweifelhaft ist, wer von mehreren der wahre Gläubiger ist, z. B. wenn sich mehrere um die Erbschaft streiten, zu der die Forderung gehört.

Es gibt aber im bürgerlichen Recht einzelne Fälle, wo eine Forderung bereits vorhanden ist, ohne dass sie schon jemand zustände, z. B. Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Hier ist mit der Ausstellung die Verpflichtung des Ausstellers der Urkunde zur Erfüllung der versprochenen Leistung entstanden.[4]) Auch hier ist ungewiss, wer der Beteiligte ist, denn z. Z. ist noch niemand beteiligt; auch ist ungewiss, ob in Zukunft jemand beteiligt sein wird, denn die Inhaberschuldverschreibungen werden vielleicht garnicht ausgegeben. Gleichwohl wird man über den Wortlaut des Gesetzes: „Ist . . . ungewiss, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist“[5]), hinausgehen und

[1]) S. oben S. 19 ff.
[2]) z. B. § 331 BGB.
[3]) So R. G. 65, S. 277 ff.
[4]) S. Fischer-Henle, Anm. 2 z. § 793 BGB.
[5]) § 1913 BGB.

hinzusetzen dürfen „oder sein wird"; denn die dieser Bestimmung zu Grunde liegende Tendenz ist doch zweifellos die, dass die Interessen aller Beteiligten geschützt sein sollen, die sie nicht selber schützen können, und das liegt hier wie dort vor; auch handelt es sich ja um ganz bestimmte, ihrem Umfang nach begrenzte Forderungen. Ist der Bürge im Unklaren, wer der wahre Gläubiger ist, sei es bereits bei Begründung der Bürgschaft oder später, so kann er sich durch das ihm gemäss § 372 BGB. zustehende Recht, seine Leistung zu hinterlegen, helfen.[1]) Das gleiche Recht hat nach § 1224 BGB. der Verpfänder.

Für das Pfandrecht war im Entwurf I ein bestimmter Gläubiger verlangt. Da aber hierdurch die Bestellung eines Pfandes für den jeweiligen Inhaber einer Forderung und Uebergabe an einen Pfandhalter unmöglich geworden wäre, so wurde die Vorschrift von der zweiten Kommission gestrichen.[2]) Es ist demnach also die Bestellung eines Pfandes für die Forderung eines unbestimmten Gläubigers — Hauptfall, Forderung aus einem Inhaberpapier — zulässig und zwar mit Hilfe des § 1206 BGB., der die Pfandbestellung in der Weise gestattet, dass, wenn die zu verpfändende Sache sich im Besitze eines Dritten befindet, die Herausgabe nur an den Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.[3]) Für das Schiffspfandrecht ist die Zulassung der Bestellung eines Pfandhalters zugunsten des jeweiligen Gläubigers der zu sichernden Forderung für Forderungen aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber und andern indossabeln Papieren in § 1270 BGB besonders ausgesprochen. —

Ist der Schuldner der zu sichernden Forderung unbekannt, so steht das dem Abschlusse eines Bürgschafts- oder Pfandbestellungsvertrages nicht im Wege. Denn der Schuldner ist, ausser wenn er das Pfand selbst bestellt, nicht Kontrahent dieses Vertrages, und da diese Verträge auch mit Rücksicht auf zukünftige Forderungen abgeschlossen werden können, so ist nicht einmal das Vorhandensein eines Haupt-

[1]) So auch O.-L.-G. Karlsruhe i. Puchelts Zeitschr., Bd. 35, S 621; R. G. in Jur. Wochenschr. 1904, S. 196.
[2]) Planck Bem. 1 b, Abs. 2, z. § 1206 BGB.
[3]) s. Planck a. a. O.

schuldners zurzeit des Vertragsschlusses erforderlich, wenn hier auch freiwillig ein bestimmter Schuldner in Aussicht genommen werden muss.

Ist der Gläubiger in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages nicht der Genehmigung oder Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, wenn die Bürgschaftsübernahme, wie in der Regel, unentgeltlich erfolgt, da ihm der Abschluss lediglich den rechtlichen Vorteil bringt, zur Deckung seiner Forderung noch ein zweites Vermögen heranziehen zu können, wohl aber zum Abschluss eines Pfandbestellungsvertrages. Denn wenn das für seine Forderung begründete Pfandrecht zunächst auch ein rechtlicher Vorteil ist, so ist damit doch der Besitz des Pfandes und die Pflicht zu seiner Verwahrung verbunden (§ 1215 BGB.), und daraus können durch schuldhaftes Verhalten des Gläubigers oder auch durch andere Umstände leicht Schadensersatzforderungen und andere rechtliche Nachteile entstehen.

Der an der Geschäftsfähigkeit beschränkte Schuldner der gesicherten Forderung kann sich niemals ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirksam verpflichten, es sei denn dass einer der Ausnahmefälle der §§ 112, 113 BGB. vorliegt. Da er für alle hiermit zusammenhängende Rechtsgeschäfte als unbeschränkt geschäftsfähig gilt, wird er für diese Forderungen auch Pfänder bestellen können.[1])

§ 7.

Zeit und Ort der Hauptleistung.

Die Bedeutung, die Ort und Zeit der Hauptleistung für die Sicherungsverpflichtungen haben, ist sehr verschieden beurteilt worden. Für das römische Recht herrschte die Ansicht, dass sich der Umfang der Verpflichtung des Bürgen nach dem Orte, wo er, nicht wo der Hauptschuldner zu erfüllen habe, richten müsse. Die Frage nach dem Gerichtsstand bedürfe für die Bürgschaftsobligation einer selbständigen, von dem, was für die Hauptschuld in

[1]) Ueber Bürgschaften und Pfandrechte für Forderungen aus genehmigungspflichtigen Rechtgeschäften s. oben S. 30 ff.

dieser Beziehung gilt, völlig unabhängigen Antwort.[1]) Ebenso hat das Reichsgericht für das gemeine Recht entschieden, dass der Bürge an seinem Wohn- oder Niederlassungsort zu erfüllen habe, ausser, wenn der Hauptschuldner einen besonderen Leistungsort vereinbart habe oder ein anderer nach dem Bürgschaftsvertrage, seiner Natur nach oder nach der Absicht der Kontrahenten, als Erfüllungsort anzusehen sei.[2])

Wie diese Frage für das bürgerliche Recht zu entscheiden ist, ist bestritten. Ihre Wichtigkeit beruht darauf, dass nach § 29 Z.P.O. sich der Gerichtsstand des Bürgen nach seinem Erfüllungsorte richtet.

Staub[3]) entscheidet, dass der Erfüllungsort des Hauptschuldners auch für den Bürgen massgebend sein müsse, weil nach § 767 BGB. für die Bürgschaftsverpflichtung der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend sei, zu diesem aber auch der ganze Rechtsbestand mit allen Modalitäten, also auch dem Erfüllungsorte, gehöre.[4])

Westerkamp[5]) weist die Grundlage der Entscheidung Staubs, dass der Erfüllungsort zum Bestande der Hauptschuld gehöre, zutreffend zurück, indem er ausführt, dass § 767 BGB. wesentlich nur die Gestaltung eines einmal entstandenen Schuldverhältnisses betreffe, daher keinen Einfluss auf die Bestimmung des Leistungsortes haben könne. Für die Eingehung der Bürgschaft und Regelung des Rechtsverhältnisses im Zeitpunkt der Begründung sei er bedeutungslos und daher notwendig auch bedeutungslos für die Frage nach dem Leistungsort des Bürgen. Gleichwohl kommt er auf einem andern Wege zu demselben Ergebnis wie Staub. Eine Erfüllung des Schuldverhältnisses, die der Gläubiger gegen sich gelten lassen müsse, sei nur die, die auch die Bestimmungen über Ort und Zeit einhalte. Der Bürge müsse im Zweifel in omnem causam einstehen und durch seine Leistung tunlichst den Erfolg herstellen,

---

[1]) Geib, S. 54, N. 7.

[2]) RG. 10, S. 283; 34, S. 17.

[3]) Kommentar z. HGB., § 372, Anm. 9; Grouchots, Beitr. 45, S. 219 ff.

[4]) Zustimmend Endemann, § 191, Anm. 2; Ortmann, Anm. 2 a z. § 767 BGB.

[5]) S. 390 f.

den ordnungsmässige Leistung durch den Hauptschuldner gehabt hätte, und er folgert aus der besonderen Natur des Bürgschaftsschuldverhältnisses, dass der Bürge nicht an seinem Wohnort, sondern am Erfüllungsorte der Hauptverbindlichkeit, deren völlige Erfüllung er gesichert hat, erfüllen muss.

Demgegenüber wird von den Gegnern dieser Ansicht ausgeführt, die Bürgschaft habe an sich einen selbständigen Charakter und sei an die Hauptschuld nur in gewissen, nicht allen Beziehungen gebunden, ihre Selbständigkeit zeige sich in der besonderen Form, der besonderen Verjährung, der Bürge hafte nicht für die Akzessorien der Hauptschuld, und es müsse daher auch die Bürgschaft ihren besonderen Erfüllungsort haben.[1])

An sich ist der Bürgschaftsvertrag gewiss ein selbständiger Vertrag und hat damit zunächst seinen eigenen Erfüllungsort, nach dem sich auch der Gerichtsstand des Bürgen richtet, und an dem alle Rechtsstreite ausgetragen werden können, die sich aus der Bürgschaft entwickeln. Dies wird u. E. sofort klar, wenn man keine Klage auf Leistung seitens des Bürgen, sondern eine auf Feststellung des Bestehens der Bürgschaftsverpflichtung zugrunde legt, insbesondere, wenn die Bürgschaft für eine zukünftige Schuld bestellt ist. Hier ist es sehr gut denkbar, dass es noch völlig in der Schwebe ist, wo die zukünftige Hauptschuld zu erfüllen sein wird. Denn aus deren Natur mag sich vielleicht ein völlig unberechenbarer Erfüllungsort ergeben. Hier wäre also eine Klage am Gerichtsstande des Erfüllungsortes garnicht möglich, wenn der Erfüllungsort der Hauptschuld notwendig der der Bürgschaft sein müsste.

Nun ist ja zuzugeben, dass für alle Einzelheiten, wie Gewicht, Maass, Kurs usw., der Erfüllungsort der Hauptschuld für die Bürgschaft massgebend sein muss, denn der Bürge muss dem Gläubiger alles das leisten, was er ihm aus seinem Vermögen als Ersatz der Leistung des Hauptschuldners bieten kann, und wenn es dem Gläubiger darauf ankommt, die Leistung

[1]) So Türck in Grouchots, Beitr. 46, S. 49: Was ist unter dem jeweiligen Bestande der Hauptverbindlichkeit zu verstehen? Planck, Anm. 14 z. § 765 BGB.; Neumann, Anm. 3 z. § 765 BGB.; Kremer, S. 14; Dernburg, § 51, Anm. 4. u. a.

gerade am Erfüllungsort der Hauptschuld zu erhalten, so muss der Bürge sie dort erbringen und sie auf eigene Rechnung und Gefahr dorthin besorgen. Damit wird dieser Ort aber immer noch nicht zum Erfüllungsort der Bürgschaft. Sobald der Erfüllungsort der Hauptschuld für diese nicht mehr begriffswesentlich ist, tritt der selbständige Charakter der Bürgschaftsverpflichtung wieder hervor, und die Leistung kann vom Bürgen nur an seinem Wohnsitze als dem regelmässigen Erfüllungsorte der Bürgschaft gefordert werden.[1]) Westerkamp[2]) meint zutreffend, es komme allein auf die Auslegung des § 29 Z. P. O. an. Aber wenn er weiter ausführt, dessen Vorschrift, dass an dem Orte ein Gerichtsstand begründet sein soll, wo „die streitige Verbindlichkeit zu erfüllen ist," könne nicht anders verstanden werden, als dass dort solle geklagt werden können, wo die geschuldete Leistung tatsächlich zu bewirken ist, so ist dem u. E. nicht beizutreten. Wo die geschuldete Leistung tatsächlich zu bewirken ist, kann, wie oben ausgeführt, noch völlig unbestimmt sein, sei es, dass die Hauptschuld noch garnicht besteht, es auch infolgedessen an einem Erfüllungsort für sie vollkommen fehlt, oder, dass sie zwar entstanden und dass mangels anderer Gründe der Wohnsitz des Schuldners Erfüllungsort geworden, dieser aber unbekannt ist. Wenn nun der Bürge erfüllen wollte, wo könnte er es anders tun als an seinem eigenen Wohnsitz, dem gewöhnlichen Erfüllungsorte seiner Verbindlichkeiten? Hier zeigt es sich, dass die Bürgschaft von dem Hauptvertrage nur insoweit abhängt, als der Bestand der Hauptverbindlichkeit dies bedingt, und dass zu diesem Bestande, wie Türck und Westerkamp a. a. O. zutreffend ausführen, der Erfüllungsort der Hauptschuld nicht gehört. Deshalb muss auch der Erfüllungsort des Bürgen sich selbständig nach dem seine Verbindlichkeit begründenden Bürgschaftsvertrage bestimmen,

[1]) Aehnlich Rieck, S. 37: Der Bürge ist vom Leistungsort des Hauptschuldners nur abhängig, wenn erstens der Leistungsort des Hauptschuldners zum Inhalte der Hauptverbindlichkeit gehört, d. h. mit dem Tilgungsort des Hauptschuldners übereinstimmt, und sofern nicht zweitens die Bürgschaftsschuld eine Uebersendungsschuld ist.

[2]) S. 400.

und sich darnach auch der Gerichtsstand des Bürgen richten, und rechtlich, insbesondere auch in Bezug auf den Gerichtsstand, als Erfüllungsort auch dann von Bestand bleiben, wenn die Leistung tatsächlich auch einmal an dem Erfüllungsorte der Hauptschuld bewirkt werden müsste, weil der Gläubiger daran ein besonderes Interesse hat[1]), und deshalb muss § 29 Z. P. O. dahin verstanden werden, dass der Ort, wo die streitige Verpflichtung, die hier wohlverstanden nicht die Hauptschuld, sondern die von ihr dem Wesen nach völlig verschiedene Bürgschaftsverpflichtung ist, zu erfüllen sei, der Ort ist, der für das Schuldverhältnis der wesentlich charakteristische[2]) ist, und das ist mangels besonderer Anderes bewirkender Umstände und Abmachungen regelmässig der Wohnsitz des Schuldners, also hier des Bürgen.

Der Verpfänder ist zu einer Leistung überall nicht verpflichtet, also kann auch für ihn der Leistungsort des Hauptschuldners nicht massgebend sein. Gewöhnlich wird der Gläubiger zur Durchsetzung seines Anspruches auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Pfand seitens des Schuldners nicht zur Klage zu schreiten brauchen, da er regelmässig das Pfand in Besitz hat und er sich durch Verkauf desselben bei Fälligkeit der Forderung ohne vollstreckbaren Titel befriedigen kann. Sollte die Duldungspflicht des Verpfänders bezw. Pfandeigentümers als solche streitig werden, so kann als Ort, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, nur sein Wohnsitz gelten. Denn die Duldungspflicht ist von der Person des Verpflichteten abhängig; sein persönliches Verhalten soll ihr entsprechen, daher muss auch der Mittelpunkt seiner persönlichen Beziehungen, sein Wohnsitz, als ihr Erfüllungsort und als der zuständige Gerichtsstand angesehen werden.

Was die Leistungszeit des Bürgen anlangt, so ist auch diese nicht unbedingt von der Hauptschuld abhängig[3]), sondern bestimmt sich selbständig nach allgemeinen Grundsätzen, wie bei jedem selbständigen

---

[1]) So auch Rieck, S. 30, bezüglich der Uebersendungsschuld.
[2]) Wie Leonhard: Erfüllung und Schuldort, Berlin 1907, S. 48 f. sagt, der Mittelpunkt des Schuldverhältnisses ist.
[3]) So auch Türck a. a. O.

Vertrage. Wenn Oertmann[1]) daraus folgert, dass dann der Bürge, selbst bei betagter Hauptschuld, im Zweifel sofort zu leisten habe, so ist dies ganz richtig, aber so widersinnig in der Konsequenz, wie Oertmann a. a. O. meint, nicht; denn der Bürge hat ebenso wie der Hauptschuldner die Einwendung noch nicht eingetretener Fälligkeit der Forderung, so dass die an sich richtige Folgerung in ihren Wirkungen beseitigt wird. Dass seine eigene Verbindlichkeit mit der Hauptschuld fällig wird, ergibt sich aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft. Dass die Leistungszeit jedoch an sich von der Hauptschuld nicht abhängig ist, ergibt sich daraus, dass sich durch Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen diese abändern lässt. Allerdings kann keine frühere Fälligkeit der Bürgschaft wie der Hauptschuld bestimmt werden, weil der Bürge aus der Bürgschaft nicht schärfer haften kann als der Hauptschuldner, und dies eine unzulässige Steigerung seiner Haftung wäre, wohl aber eine spätere. Diese würde ihn freilich nicht von der Haftung für die inzwischen erwachsenen Verzugszinsen des Hauptschuldners u. dergl. befreien[2]), aber er könnte doch erst nach Eintritt seines eigenen Fälligkeitstermines gerichtlich belangt werden. Der Bürge muss dem Gläubiger also zwar das Interesse daran ersetzen, dass er seine Leistung vom Hauptschuldner nicht zur festgesetzten oder der aus der Natur der Sache sich ergebenden Leistungszeit erhält, es ist damit aber nicht gesagt, dass er deshalb selbst notwendig zu dieser Zeit leisten müsste. —

Der Pfandgläubiger kann sich nach Fälligkeit der Forderung selber aus dem Pfande durch Verkauf befriedigen.[3]) Insofern ist also die Leistungszeit der Schuld und deren davon abhängige Fälligkeit für das Pfandrecht von Bedeutung. Ob eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Verpfänder des Inhalts, die Befriedigung solle bereits vor Fälligkeit aus dem Pfande gesucht werden dürfen, zulässig ist, erscheint bei der akzessorischen Natur des Pfandrechts bedenklich. Doch dürfte nichts im Wege stehen,

---

[1]) Anm. 2 a z. § 767 BGB.
[2]) So zutreffend Westerkamp, S. 401.
[3]) § 1228 BGB.

dass der Pfandgläubiger sich verpflichtete, sich erst eine gewisse Zeit nach Eintritt der Fälligkeit aus dem Pfande zu befriedigen. Die Haftung des Pfandes kann zwar nicht schärfer sein als die des Schuldners, wohl aber schwächer.

§ 8.

Nebenverpflichtungen der Hauptschuld.

Von den oben[1]) behandelten Erweiterungen der Hauptschuld sind die als sogenannte Nebenverpflichtungen bezeichneten auf die Hauptschuld bezüglichen Verbindlichkeiten zu unterscheiden. Erweiterungen der Hauptschuld hängen mit dieser organisch zusammen, sie wachsen aus ihr heraus und finden ihren Grund in dem schuldhaften Verhalten des Hauptschuldners, dessen gesetzliche Folgen sie sind, und bedingen deshalb eine gesetzliche Ausdehnung der Hauptschuld. Die Hauptschuld nimmt sie in ihren Bestand auf, und deshalb ist es natürlich, dass Bürge und Pfand für sie haften. Nebenverpflichtungen sind zwar auch von der Hauptschuld abhängig, insofern, als sie nicht entstehen könnten, wenn die Hauptschuld nicht vorhanden wäre; aber wenn sie entstehen, so geschieht das nicht auf Grund gesetzlicher Vorschriften, sondern auf Grund von Parteivereinbarungen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner. Hierher gehören Vertragszinsen und -strafen.

Im römischen Recht überwog die Ansicht, dass der Bürge für Vertragszinsen an sich nicht hafte, sondern nur dann, wenn er diese Haftung ausdrücklich übernommen hatte.[2])

Auch für das bürgerliche Recht ist die Frage, ob Vertragszinsen ohne weiteres von der bürgschaftlichen Haftung mitumfasst werden, in gleichem Sinne zu entscheiden. Es kommt auf die Umstände des Falles und den dementsprechend auszulegenden Parteiwillen an, d. h. ob der Bürge sich für die Schuld als zinstragende verbürgen wollte.[3]) Zum jeweiligen

[1]) § 5, S. 72 ff.
[2]) Hasenbalg, S. 252.
[3]) So auch die herrschende Ansicht; Planck, Anm. 4 z. § 767 BGB.; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 168.

Bestande der Hauptschuld gehören keine Zinsen. Vielmehr werden diese vom Hauptschuldner regelmässig neben der Hauptschuld versprochen; notwendig ist das nicht. Die Selbständigkeit der Zinsverpflichtung geht z. B. auch aus ihrer besonderen vierjährigen Verjährungsfrist hervor.[1]) Doch wird es erlaubt sein, im Zweifel anzunehmen, dass der Bürge sich für die Zinsen hat mitverbürgen wollen, wenn er die Verzinsbarkeit der Hauptschuld gekannt hat.[2]) Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, eine Auslegungsregel aufzunehmen, nach der die Haftung des Bürgen sich im Zweifel auch auf Vertragszinsen erstrecken sollte, wurde abgelehnt, weil man die Umstände des Falles entscheiden lassen wollte.[3]) Beim Pfand ist der Zweifel durch eine gesetzliche Bestimmung gehoben. Ein solches haftet stets für Vertragszinsen.[4]) —

Was Vertragsstrafen, die für die gesicherte Forderung bestellt sind, anlangt, so gilt für sie nach römischem Recht dasselbe wie für Vertragszinsen, also keine Haftung des Bürgen und Pfandes, ausser wenn sie besonders bedungen.[5]) Für das bürgerliche Recht ist es bestritten, ob sich die Haftung des Bürgen auf sie erstreckt. Nach Planck[6]) und Endemann[7]) sollen die Umstände des Falles entscheiden, nach Oertmann[8]) zwar auch, doch soll es für die Haftung des Bürgen sprechen, wenn er bei Uebernahme der Bürgschaft die Vertragsstrafe gekannt hat; nach Lichtlen[9]) soll der Bürge nur dann haften, wenn eine solche Haftung besonders ausbedungen ist. Wir halten letztere Ansicht für zutreffend. Eine Haftung des Bürgen aus den Umständen des Falles, insbesondere aus einer Kenntnis des Bürgen von der versprochenen Vertragsstrafe, herausinterpretieren zu wollen, erscheint uns sehr bedenklich. Das geht vielleicht an, wenn

---

[1]) § 197 BGB.
[2]) So auch Oertmann Bem. 2 f., letzter Abs., z. § 767 BGB.
[3]) Commiss. Prot, Bd. 2, S. 466.
[4]) § 1210 BGB.
[5]) S. Windscheid Pandekten, § 477, Anm. 28.
[6]) Anm. 4 z. § 767 BGB.
[7]) § 191, Anm. 7.
[8]) Anm. 2c z. § 767 BGB.
[9]) Puchets Zeitschr. f. badisches Recht n. franz. Zivilr., Bd. 31, S. 150 ff.

es sich um die Haftung für vertragsmässige Zinsen handelt; denn die Verzinsbarkeit einer Leistung ist das Normale. Die Zinsen stehen im Verhältnis zur Hauptleistung, und wenn der Bürge sie kennt, wird man aus diesen Gründen annehmen können, dass er auch für sie hat haften wollen. Aber Vertragsstrafen sind Ausnahmen; sie sind gegebenenfalls unverhältnismässig hoch und stehen oft nicht im Verhältnis zur Leistung. Da kann man dem Bürgen keinen stillschweigenden Verbürgungswillen unterstellen wollen. Soll er haften, so muss deshalb u. E. diese Haftung auch besonders bedungen werden. Dernburg[1]) meint, es entspräche dem Grundgedanken des § 767 BGB., dass der Bürge im Zweifel auch für Vertragszinsen und -strafen einzustehen habe, die bereits z. Z. der Uebernahme der Bürgschaft neben der Hauptschuld bedungen waren. Wir können dem nicht beistimmen. Der Grundgedanke der Bürgschaft ist doch der, dass der Bürge dafür einsteht, dass der Hauptschuldner die Hauptschuld erfüllt, und § 767 BGB. bestimmt den Umfang dieses Einstehens näher dahin, dass der Bürge zum Zwecke dieses Einstehens die Hauptschuld in dem Umfange erfüllen muss, wie der Hauptschuldner sie erfüllen müsste, wenn er selber leistete. Der Grundgedanke des § 767 BGB. ist also gerade der, dass die Haftung des Bürgen auf den Umfang der Hauptschuld als solcher beschränkt sein soll, auf den Umfang freilich, den sie infolge des schuldhaften Verhaltens des Hauptschuldners auf Grund gesetzlicher Vorschriften angenommen hat; aber weiter soll sie auch nicht gehen, und deshalb ist auch im § 767 BGB. sorgfältig alles fortgelassen, was darauf deuten könnte, dass der Bürge auch für die durch Parteivereinbarungen geschaffenen Nebenverpflichtungen des Hauptschuldners ipso iure einstehen sollte.[2])

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch daraus, dass Bürgschaften meist unentgeltlich übernommen werden, und es ist deshalb nur billig, wenn die Haftung des Bürgen nicht mehr als notwendig und nicht über den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen hinaus ausgedehnt wird.

---

[1]) § 286 N. I, 3.

[2]) Dass dies nicht unabsichtlich geschehen ist, ergeben auch die Kommissionsprotokolle Bd. 2, S. 466.

Ein Pfand haftet im Gegensatze zum Bürgen stets auch für Vertragsstrafen[1]), einerlei, ob sie neben oder an Stelle der Erfüllung stehen. Eine besondere Bestimmung war hier notwendig, weil das Pfand nur zur Sicherung einer fest bestimmten Forderung besteht, ihm also die die Haftung des Bürgen auszeichnende persönliche Beziehung auf den Schuldner fehlt. Da Vertragsstrafen aber so gut wie Vertragszinsen besondere Forderungen sind, die zwar mit der Hauptforderung zusammenhängen, aber kein organischer Teil derselben sind wie die Erweiterungen, so war eine besondere Bestimmung notwendig, um die Haftung des Pfandes für Vertragszinsen und -strafen zu begründen, die durch Auslegung des Pfandvertrages nie zu gewinnen war. Gleichwohl erscheint es uns unzulässig, hieraus durch Analogieschluss ein Argument für die Haftung des Bürgen zu entnehmen, weil diese wegen ihres persönlichen Moments durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages sich begründen liesse und deshalb eine besondere Bestimmung überflüssig gewesen wäre, die oben dargelegten Gründe aber gegen die Ausdehnung der Bürgenhaftung sprechen. —

Die Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung sind keine eigentlichen Nebenverpflichtungen der Hauptschuld wie Vertragsstrafen und -zinsen, da sie nicht auf Parteivereinbarungen beruhen; sie sind auch nicht ohne weiteres Erweiterungen derselben, wie die oben behandelten, durch Verzug und Verschulden entstandenen. Sie sind wie diese die gesetzlichen Folgen des Verhaltens des Hauptschuldners, der sie tragen muss, wenn er im Prozess über die Hauptschuld unterliegt, aber sein Verhalten braucht nicht notwendig schuldhaft zu sein. Gleichwohl ist dem Bürgen die Haftung für sie ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Hauptschuldners auferlegt aus Zweckmässigkeitsgründen und, um alle Zweifel, wieweit er aus allgemeinen Gründen für sie haften würde, zu beseitigen.

Aus demselben Grunde ist im § 1210 BGB., Abs. 2, bez. des Pfandes dieselbe Bestimmung getroffen. Zu den Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung

[1]) § 1210 BGB.

treten hier noch die Kosten des Pfandverkaufs, der als ein Teil der Rechtsverfolgung anzusehen ist, sowie die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz seiner Verwendungen. Diese haben freilich mit der Hauptschuld als solcher nichts zu tun: dass das Pfand für sie haftet, ist aber gleichwohl gerechtfertigt, da die Verwendungen ja auch dem Pfande zugute gekommen sind und seinen Wert erhöht haben.

§ 9.

Einfluss des Prozesses über die Hauptschuld.

Ein Prozess über die Hauptschuld kann nur zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner geführt werden, bezw. zwischen letzterem und dem Bürgen als Rechtsnachfolger des Gläubigers, niemals jedoch zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen als solchem, da dieser nicht Schuldner der Hauptschuld und nicht Kontrahent des diese begründenden Vertrages ist. Ein Prozess zwischen diesen beiden kann stets nur die aus dem Bürgschaftsvertrage entspringende Verpflichtung zum Gegenstande haben.

Die Rechtshängigkeit des Prozesses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner hat formelle und materielle Wirkungen. Erstere beziehen sich nur auf das Prozessrecht, zum Beispiel die exceptio litis pendentis und die perpetuatio fori, und müssen deshalb für den Bürgen ausser Betracht bleiben, es sei denn, dass er als Nebenintervenient dem Hauptprozesse beitritt. Die materiellen Wirkungen betreffen jedoch den Bestand der Hauptschuld als gesetzliche Folgen der Rechtshängigkeit, und deshalb muss auch der Bürge sie gegen sich gelten lassen. Dahin gehören: die Aenderung der Haftung des Prozessbesitzers, die Unterbrechung der Verjährung, der Lauf der Prozesszinsen. Indirekt sind sie, wenigstens regelmässig, auf ein Verschulden des Hauptschuldners zurückzuführen: denn da diese Folgen nur wirksam werden, wenn der Hauptschuldner unterliegt, so ist mit dem ihn verurteilenden Erkenntnis regelmässig zugleich auch dargetan, dass er sich der rechtzeitigen Erfüllung der von ihm geschuldeten Leistung entzogen hat. Diese Entziehung muss nicht notwendig, wird aber regel-

mässig schuldhaft sein, und wie für jede Erweiterung der Hauptschuld, so haftet der Bürge auch billigerweise für diese. Auch ist es ihm ja durch eigene Leistung möglich, die Folgen der Rechtshängigkeit zu vermeiden oder zu mindern. Das Gleiche gilt vom Drittverpfänder. —

Im Gegensatz zur Rechtshängigkeit hat das rechtskräftige Urteil keinen Einfluss auf den objektiven Bestand der Hauptschuld; es stellt diesen vielmehr nur subjektiv zwischen den Prozessparteien in einer für sie bindenden Weise fest. Hat diese Feststellung aber auch einen Einfluss auf die Haftung des Bürgen und welchen? Diese Frage ist sehr bestritten.

Nach römischem Recht kam dem Bürgen auch die exceptio rei indicatae aus der Person des Hauptschuldners zugute[1]; sie wurde ihm jedoch versagt, wenn der Gläubiger um eines Umstandes willen zurückgewiesen wurde, der höchstpersönlicher Natur war.[2])

Ist die Bürgschaft nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners übernommen, so muss der Bürge den Bestand der Hauptschuld, wie er sich aus dem Urteil ergibt, gegen sich gelten lassen, da dieser Bestand der zwischen den Parteien festgestellte ist. Die Einreden, die dem Hauptschuldner durch das Urteil genommen sind, kann auch der Bürge nicht mehr vorbringen, denn er kann nur die geltend machen, die dem Hauptschuldner bei Uebernahme der Bürgschaft zustanden. Es liegt ebenso, wie wenn der Hauptschuldner vorher auf diese Einreden verzichtet oder wie wenn er den Umfang der Hauptschuld durch Vertrag mit dem Gläubiger festgestellt hätte. Das Gleiche gilt vom Verpfänder. Beide müssen die Hauptschuld so hinnehmen, wie sie im Augenblicke der Begründung ihrer Verpflichtung sich darstellt.

Anders ist es, wenn die Verbürgung oder Pfandbestellung vor dem Urteil über die Hauptschuld erfolgt ist. Weist das Urteil die gegen den Hauptschuldner gerichtete Klage ab, so stellt es damit fest, dass dem Gläubiger ein Anspruch gegen den Hauptschuldner nicht zusteht, bezw. vernichtet den etwa

---

[1]) l. 7 § 1 D, 44, 1,
[2]) Hasenbalg, S. 342, 345.

bestehenden. Die Forderung ist rechtsgiltig erloschen, die Grundlage für Bürgschaft und Pfandrecht ist fortgefallen, und damit diese selbst. Dem gegen sie vorgehenden Gläubiger können Bürge und Verpfänder darum das abweisende Erkenntnis entgegenhalten.[1]) — Dies muss naturgemäss auch dann gelten, wenn der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Hauptschuldner abgewiesen ist, nachdem er dem Bürgen gegenüber durchgedrungen ist. So gut wie eine nachträgliche Zahlung des Hauptschuldners oder ein Erlass seitens des Gläubigers die Verpflichtung des Bürgen hinfällig macht, muss es auch ein nachträgliches Urteil tun, das die Ungiltigkeit der Hauptschuld zwischen Gläubiger und Hauptschuldner feststellt. Wann der die Hauptschuld zum Erlöschen bringende Umstand eintritt, muss für den Bürgen gleichgiltig sein. Hat er bereits gezahlt, so kann er das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.[2]) — Ist die Klage des Gläubigers teilweise abgewiesen, so können Bürge und Verpfänder, wie auf alle Einreden des Hauptschuldners, sich darauf berufen, ohne deshalb das Urteil im Uebrigen gegen sich gelten lassen zu müssen. Freilich müssen sie rechtsgeschäftliche Minderungen, die sie zu ihren Gunsten für sich in Anspruch nehmen, ihrem ganzen Umfange nach als gegen sich wirksam anerkennen (s. oben S. 75), und es mag vorweg genommen werden, dass die hier behandelten Minderungen rechtsgeschäftlichen gleich stehen; dies kann sie hier jedoch nicht beschweren, da die gerichtliche Anerkennung des Zurechtbestehens keine Folge der Abweisung des übrigen Teils des Klageanspruchs ist, es also an dem Zusammenhange zwischen Minderung und Erweiterung fehlt.

Welche Wirkung hat nun aber das den Hauptschuldner verurteilende Erkenntnis auf die Verpflichtung des Bürgen? Das rechtskräftige Urteil beendet den Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Hauptschuldner über Bestand und Umfang der Hauptschuld. Da das Urteil nach § 325 Z. P. O. nur zwischen den Parteien Recht schafft und der Bürge

[1]) So auch die allgemeine Meinung z. B. Planck, A 7 z. § 767 BGB.; Westerkamp, S. 458.

[2]) So z. B. auch Westerkamp, S. 462.

nicht Partei des Hauptprozesses ist, so kann für ihn das Urteil auch nicht bindend sein; denn rechtskräftigen Urteilen fehlen objektive Wirkungen, wie sie der Rechtshängigkeit eigen sind. Das Urteil ist wesentlich bedingt durch die Art der Prozessführung des Hauptschuldners. Da das Gericht an das Vorbringen der Parteien als Grundlage seines Erkenntnisses gebunden ist, so hat es der Hauptschuldner in der Hand, durch sein Verhalten — Nichtgeltendmachung von Einreden, Zugeständnissen u. dergl. — ein ihm nachteiliges Urteil herbeizuführen. Wird der Bestand der Hauptschuld aber wie hier durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft erweitert, so haftet nach § 767, Abs. 2 BGB der Bürge nicht. „Im Sinne dieser Vorschrift ist die Prozessführung des Hauptschuldners ein Rechtsgeschäft, weil er durch sie in rechtlich verbindlicher Weise über den sein Rechtsverhältnis zu dem Gläubiger betreffenden Prozessstoff und die ihm zustehenden Rechtsbehelfe verfügt.“[1]) Worauf also auch das den Hauptschuldner zur Leistung verurteilende Erkenntnis beruht, für den Bürgen kann es zu seinem Nachteil nie verbindlich sein.[2])

Der Gläubiger kann Hauptschuldner und Bürgen gemeinschaftlich als Streitgenossen verklagen[3]), aber da nach § 61 C.P.O. die Handlungen des einen Streitgenossen dem andern weder zum Vorteile noch Nachteile gereichen, so muss gegen jeden von beiden ein besonderes Urteil ergehen, das wieder auf der Prozessführung des betreffenden Streitgenossen beruht. Die Akzessorietät der Bürgenverpflichtung wird durch die Streitgenossenschaft nicht beseitigt, und deshalb nützt dem Gläubiger ein obsiegendes Urteil nur gegen den Bürgen, wenn er auch dem Hauptschuldner gegenüber obgesiegt hat. Die Streitgenossenschaft bietet ihm nur den Vorteil der bequemeren Prozessführung.

---

[1]) R. G 56, S. 111.

[2]) Bei Teilverurteilung s. oben S. 90. So auch die herrschende Ansicht, z. B. Pagenstecher: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 05 S. 329; Dernburg, § 287, A. 15; Neumann, Anm. 2 zu § 767 BGB. A. Ans. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, S. 447.

[3]) so wenigstens R. G. 8, S. 367. Bedenklich ist freilich dabei, ob beide aus demselben rechtlichen Grunde (§ 59 C.P.O.) verpflichtet sind.

Als Nebenintervenient kann der Bürge eintreten, denn er hat am Obsiegen des Hauptschuldners insofern ein rechtliches Interesse, als jede durch das Urteil erkannte Minderung der Hauptschuld oder das die Hauptschuld aberkennende Urteil ihm nach § 767 BGB. ipso jure zugute kommt. Auch steht er hier als Gehilfe der Hauptpartei besser als im eigenen Prozesse mit dem Gläubiger; denn er kann hier alle Verteidigungsmittel der Partei vorbringen, also auch die, welche ihm im eigenen Prozesse versagt sind, z. B. Mängeleinrede, Anfechtungsrecht, Rücktritt usw. Unterliegt der Hauptschuldner trotzdem, so wird des Bürgen Lage dadurch nicht verschlechtert. Er kann zwar in seinem Prozesse mit dem Gläubiger die Behauptung, der erste Rechtsstreit sei unrichtig entschieden, garnicht und die Behauptung, der Hauptschuldner habe ihn mangelhaft geführt, nur insoweit vorbringen, als dieser ihm die bessere Führung unmöglich gemacht hat.[1]) Das ist ihm aber auch nicht weiter nachteilig; denn da das Urteil in dem Prozess zwischen Gläubiger und Hauptschuldner demjenigen in seinem Prozesse mit dem Gläubiger nicht präjudiziert, da der Bürge in ersterem Rechtsstreite nicht Partei ist, in letzterem aber eine ganz andere Verpflichtung, nämlich seine Bürgschaftsverbindlichkeit, zur Frage steht und er zu seinem Schutze alle Einreden des Hauptschuldners kraft eigenen Rechtes hat, so kann er auch hier noch nachweisen, dass seine Verpflichtung erloschen ist, weil auch die Hauptschuld nicht mehr besteht. Demnach hat ein Eintreten des Bürgen als Nebenintervenient nur Vorteile für ihn im Gefolge.

Dasselbe, was oben für den Bürgen ausgeführt ist, muss auch für den Drittverpfänder gelten. Auch seine Verpflichtung, die Befriedigung aus dem Pfande zu dulden, kann durch ein den Hauptschuldner verurteilendes Erkenntnis nicht erweitert werden, — denn hier wie dort schafft das Urteil nur unter den Parteien Recht —, auch dann nicht, wenn er als Nebenintervenient beigetreten ist. Da seine Verpflichtung von der Existenz der Hauptforderung ab-

---

[1]) § 68 C.P.O.

hängt und ihm alle Einwendungen und Einreden gleicherweise wie dem Bürgen zustehen, so muss ihm wie diesem in einem etwaigen Rechtsstreite mit dem Gläubiger, der Nachweis, dass die Hauptschuld nicht oder nicht in der dem Schuldner gegenüber rechtskräftig festgestellten Höhe besteht, offen gelassen werden. Praktisch wird der Drittverpfänder hierzu allerdings kaum in die Lage kommen, da der Gläubiger gegen ihn keines vollstreckbaren Titels bedarf, um die Befriedigung aus dem Pfande zu betreiben.